


VE
RI
TAS

UNIVERSITÉ LAVAL

FACULTÉ DE DROIT

LE DIVORCE

ET

LA SÉPARATION DE CORPS

THÈSE

Par Joseph FRÉMONT, A.B., L.L.L

AVOCAT



QUÉBEC

IMPRIMERIE GÉNÉRALE A. COTÉ ET Cie

Rue du Fort, 8

1886

LE DIVORCE

CHAPITRE I

SOMMAIRE

1. La constitution du mariage est naturelle et immédiatement établie par le Créateur. Il en a lui-même décrété l'unité et l'indissolubilité.
2. Notre-Seigneur Jésus-Christ est venu confirmer cette loi sur la terre.
3. L'intérêt de la famille s'oppose à la dissolution du lien conjugal.
4. L'intérêt des époux eux-mêmes s'oppose au divorce.
5. Le divorce est une injustice envers la femme.
6. La dissolution du mariage ne peut dépendre de la volonté des parties.
7. La polygamie et la répudiation sont contraires aux préceptes seconds de la loi naturelle.
8. La famille, telle qu'elle doit être.
9. Vices et malheurs qui se rencontrent dans le foyer domestique.
10. Remèdes que les législateurs ont choisis.
11. L'espérance même du divorce met le trouble entre les époux.
12. Le divorce est contraire à l'intérêt public.
13. Réponses à quelques objections.
14. Les raisons invoquées en faveur du divorce s'appliquent à la séparation de corps seulement.
15. Résumé—Lettre encyclique de Léon XIII sur le mariage et le divorce.

MARIAGE ET DIVORCE

1. Le mariage n'est pas de création humaine. Il suffit, pour s'en convaincre, de remonter un instant à l'origine du monde. " Il n'est pas bon que l'homme soit seul ; faisons-" lui un aide qui lui ressemble," dit Dieu dans la Génèse.

" Le Seigneur lui envoya un doux sommeil, continue " l'historien sacré ; pendant qu'il était endormi, il lui tira " une côte, et mit de la chair à sa place ; il forma de cette " côte la femme qu'il présenta à Adam."

Ecoutons les paroles du premier homme, lorsqu'il sortit du sommeil mystérieux que le Seigneur lui envoya : " C'est l'os de mes os, la chair de ma chair ; c'est pourquoi " l'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à sa " femme, et ils seront deux dans une même chair " (1). Paroles d'un caractère prophétique dans la bouche de celui qui n'avait ni père ni mère ; paroles qui établissent tout ensemble l'unité et l'indissolubilité du mariage.

Le Créateur lui-même institua donc le mariage. C'est ce qu'exprime si bien Domat lorsqu'il dit que l'union de l'homme et de la femme est *un lien formé de la main de Dieu.*

2. " Mais, dit Léon XIII, cette forme de mariage si excellente et si haute commença peu à peu à se corrompre, et à périr chez les peuples païens ; elle parut même s'obscurcir et s'éclipser jusque dans la race des Hébreux. Car chez eux cette coutume s'était établie au sujet des épouses, qu'il fut permis à chaque homme d'en avoir plus d'une, et après, comme Moïse, en raison de la dureté de leur cœur, avait eu l'indulgence de leur permettre de répudier, la porte fut ouverte au divorce " (2). Aussi lorsque Notre Seigneur Jésus-Christ se fit homme, il rétablit les liens sacrés de la famille dans leur état primitif. Il confirma l'indissolubilité du lien conjugal en tirant la conclusion du récit de la Génèse : *Quod Deus conjunxit, homo non separet.* Ce que Dieu a uni, l'homme ne le séparera pas.

3. Le mariage est dans l'ordre de la nature. Il a pour but principal la procréation des enfants et leur éducation. La société domestique, est sa fin secondaire, avec l'aide et le secours mutuel que se doivent les époux. Or, pour atteindre ces fins, il faut que l'union des époux soit permanente et indissoluble.

(1) Génèse II 23, 24.
(2) Lettre encyclique sur le mariage et le divorce.

Le soin et la protection que demande un enfant pendant les longues années qui précèdent l'époque où il pourra se suffire à lui-même font bien comprendre la nécessité d'un foyer domestique, d'une société conjugale assise sur des bases solides et inébranlables. L'homme nait faible, ignorant et sans défenses. Sans les soins assidus des parents, il périrait infailliblement.

A côté de cette sollicitude nécessaire à sa conservation physique, il lui faut une éducation qui s'adresse à l'intelligence et au cœur. Elle consiste dans une direction sage, éclairée et constante. Cette éducation se prolonge, pour les plus jeunes des enfants, jusqu'à la vieillesse des parents. Ceux-ci ont chacun leur tâche dans cette éducation. Les père et mère ont tous deux besoin de concentrer leurs forces, leurs aptitudes et leur expérience pour accomplir leurs devoirs touchant l'éducation de leurs enfants. Le mariage qui les a réunis, a formé de deux êtres imparfaits et incomplets un tout capable de diriger l'éducation du jeune âge. Le divorce les disperse, et laisse les enfants à l'abandon. La mère reste avec son amour maternel, mais sans autorité et sans force. Le père, appelé au dehors, ne peut plus exercer son autorité avec discernement et modération. " Les pouvoirs sont brisés, dispersés, dit M. Camille Breton ; " il y a anarchie ; l'équilibre est rompu entre la mère et " ses enfants ; sa tendresse est pour eux un danger sans " compensation, sa solitude une faiblesse. Quand au père, " des soucis étrangers l'emportent ; son autorité sera sans " suite et sans mesure, pleine de colère ou de faiblesse ; à " la merci peut-être d'une nouvelle épouse, d'une femme " étrangère." C'est ce qui fait dire à Rousseau. " Les " enfants fourniront toujours une raison invincible contre " le divorce."

Lorsque l'éducation des enfants est terminée, la fin secondaire du mariage, l'aide et le secours que les époux

se doivent mutuellement, s'oppose avec plus de force que jamais à la dissolution du lien conjugal. Quoi ! est-ce au moment où les époux ont le plus besoin de se secourir et se consoler l'un l'autre, que le caprice de l'un pourra rompre le mariage ? La nature de cette union ne permet donc d'assigner aucun temps où elle puisse être dissoute, et le mariage est indissoluble.

4. Au point de vue des époux, nous croyons aussi que le principe du divorce ne peut pas être admis. L'être humain doit tendre à sa perfection. Le mariage doit être une école de perfection pour le mari et la femme. Il est assez facile de prouver que tel ne sera pas le cas si le mariage peut être dissous. Les époux, égaux au point de vue moral, ne le sont pas sous d'autres rapports, par exemple du côté physique. Ils sont le complément l'un de l'autre. L'homme a reçu la force en partage ; la femme, le dévouement. Le mariage les réunit, les confond, les unit dans une communauté de protection, de travail, d'amour et de dévouement. Cette fusion de deux âmes doit être absolue et sans limites. C'est cette certitude de toujours pouvoir compter sur une union parfaite et sans bornes qui met dans chaque époux une confiance, un abandon plein et entier. Mais, si vous admettez le divorce, cette confiance qui fait la force des époux, qui les maintient dans la paix et l'harmonie, cette confiance peut-elle continuer d'exister ? Les conjoints songent au lendemain qui peut amener une séparation, qui peut jeter l'époux dans les bras d'une autre compagne. Là où il faut un abandon sans réserve, il y aura contrainte et défiance. Supposez maintenant le moindre conflit entre ces deux époux, vous aurez un tison de discorde. Le mariage dissoluble fait des époux deux associés armés. Par cela seul que vous permettez le divorce, vous le rendez souvent inévitable.

“ Ainsi, dit un écrivain, le divorce sépare les époux dans
“ le mariage même, et rend impuissante l'influence morale
“ de l'homme sur la femme, et de la femme sur l'homme.
“ Il fait du mariage, qui est l'union de deux êtres pour le
“ bien, une association de hasard, portant en elle des ger-
“ mes de ruines.”

5. Nous devons ajouter que la rupture du lien matrimonial serait une injustice envers la femme.

“ Le mariage est une société naturelle, et non une asso-
“ ciation commerciale, dit M. de Bonald. Les mises ne
“ sont pas égales puisque l'homme y met la protection de
“ la force ; la femme, les besoins de la faiblesse ; les résul-
“ tats, en cas de séparation, ne sont pas égaux, puisque
“ l'homme en sort avec toute son autorité, et que la femme
“ n'en sort pas avec toute sa dignité ; et que, de tout ce
“ qu'elle y a porté, pureté virginale, jeunesse, beauté,
“ fécondité, considération, fortune, elle ne peut, en cas de
“ dissolution, reprendre que son argent.”

6. La société conjugale est volontaire dans sa formation, mais comme elle est naturelle dans sa fin, les époux ne sont pas libres d'y apposer toutes les conditions qu'ils veulent. Les époux doivent vouloir la fin de l'alliance qui les unit. Cette fin exige une cohabitation durable.

“ La passion elle-même, qui noue les premiers liens d'amour, dit Taparelli, affirme et promet solennellement qu'ils seront éternels.”

Au point de vue physiologique, on doit songer que chacun de ses enfants coûtera à la mère de longs mois d'infirmités ; le nouveau-né lui-même s'attachera à sa mère à qui la nature a donné providentiellement la nourriture de l'enfant.

Au point de vue moral, la société conjugale ne se propose pas de propager un animal quelconque, mais un être raisonnable. Il ne s'agit donc pas seulement de lui procurer la vie, mais il lui faut l'éducation qui développera sa raison pour en faire un homme parfait. Combien de temps l'enfant ne restera-t-il pas privé de la plénitude de sa raison ? Combien de temps ne s'écoulera-t-il pas avant que l'enfant puisse agir comme un homme raisonnable, sans guide et sans protecteur ?

Quand cette époque de la vie est arrivée, les époux ont vieilli ; leurs forces ont diminué. Cette communauté d'intérêts, de secours et d'assistance, cette union d'âmes établie entre eux doivent exiger plus que jamais l'indissolubilité du mariage afin qu'ils puissent s'alléger le poids et les infirmités de l'âge. La fin du mariage exige donc qu'il soit indissoluble.

Les époux étaient libres de se marier ou de ne pas se marier. Mais une fois qu'ils ont choisi l'état du mariage, ils ne peuvent plus ne pas en vouloir la fin. Le consentement que les époux apporteraient pour rompre leur union, serait donc, sans effet.

“ En vain, dit un écrivain, objecterait-on que le mariage se formant par un contrat, peut comme les autres contrats, se dissoudre par le même consentement mutuel qui l'a formé ; car ce contrat diffère de beaucoup d'autres en ce qu'il n'a pas tant pour objet l'utilité propre des époux, que celle des enfants à naître, et par conséquent, de tout le genre humain. Or, les pactes qui concernent le bien d'un tiers, et surtout le bien social passent dans le droit public et ne dépendent plus de la seule volonté des contractants. Quand même, dans quelque cas spécial, les inconvénients du divorce viendraient à cesser, si par exemple il n'y avait pas d'enfants, il ne deviendrait pas licite pour cela, parce

que ce qui est établi pour une cause universelle reste en vigueur lors même que la fin de la loi cesserait pour un cas particulier." (1)

7. La polygamie est l'union mutuelle et simultanée d'un homme avec plusieurs femmes. Cette pluralité d'unions ne détruit pas totalement la fin principale du mariage, la procréation des enfants, puisque plusieurs enfants peuvent naître en même temps d'un même père et de plusieurs mères. Elle n'empêche pas absolument la bonne éducation des enfants, quoiqu'elle y apporte des obstacles sérieux. Mais la polygamie est contraire aux fins secondaires du mariage, le secours mutuel que les époux se doivent, l'harmonie et la concorde qui doit exister au foyer conjugal. Elle rompt l'unité morale chez les chefs de la société domestique, elle met plusieurs sociétés dans la famille, et plusieurs intérêts dans une même maison. Enfin elle est contraire à l'ordre divin puisque Dieu a mis dans la bouche du père du genre humain des paroles qui établissent à la fois l'unité et l'indissolubilité du mariage. Comme la pluralité des femmes, et la répudiation ne sont pas contraires à la fin principale du mariage, mais opposées aux fins secondaires seulement, les philosophes enseignent qu'elles ne sont pas défendues par les premiers préceptes de la loi naturelle mais par les seconds préceptes.

8. Les époux doivent donc rester unis entre eux toute la vie ; c'est un contrat qui ne se termine que par la mort. Ils doivent vivre l'un pour l'autre. Ils doivent vivre pour leurs enfants. Lorsqu'au titre d'époux vient s'ajouter celui de la paternité, il s'établit encore un nouveau lien entre eux ; dès ce moment ils ne s'aiment plus seulement en eux-mêmes, mais encore ils s'aiment en leurs enfants. De nouveaux devoirs communs les lient plus

(1) Institutes du Droit Naturel et du Droit des Gens II, 18.

étroitement s'il est possible. C'est, à cette période de la vie, que l'homme et la femme tendent le plus à leur perfection et à leur fin dernière. Les époux répriment leurs passions, corrigent leurs défauts, afin de paraître tous deux aux premiers regards inquisiteurs de leurs enfants, plus parfaits, plus unis, plus dignes de l'autorité que Dieu leur a confiée, plus dignes enfin d'être les modèles sur lesquels les caractères si flexibles du jeune âge devront se modeler.

9. Mais hélas ! à côté de ce tableau de la société domestique, pourquoi faut-il que j'en décrive un autre ! Quand le mariage n'est pas assis sur le véritable amour que les époux doivent avoir l'un pour l'autre, quand un moment de passion, un intérêt mondain, un simple argument de raison a fait décider de l'union, qu'arrive-t-il trop souvent ?

Le mari et la femme se sont peut-être connus pendant de nombreuses années avant leur mariage. Ils se tenaient cachés l'un de l'autre. Ils se sont montrés leurs qualités respectives, en déguisant leurs moindres imperfections. Mais maintenant le mariage est conclu. La lune de miel n'a peut-être eu qu'une pâle apparition. On n'est pas si soigneux de faire briller ses qualités, on ne prend aucun soin de corriger des défauts qui, non réprimés, mettront les époux en désaccord, en guerre sourde, jusqu'à ce que soit allumé le feu des dissentions et des querelles. Puis enfin le mari qui était sobre, digne et réservé devient ivrogne, débauché, brutal ; la femme qui était douce, modeste et aimable ne réserve ces qualités qu'aux étrangers, tandis qu'avec son mari, elle est acariâtre, froide et hautaine. Elle ne se plait plus au foyer domestique, et peu à peu elle oublie tous ses devoirs envers son mari et sa famille, jusqu'à ce qu'une folle passion, et l'habilité diabolique d'un séducteur la rendent abominable aux yeux de tous.

10. Quelle sera la vie de ces époux malheureux ? quel sera le sort de ces unions mal assorties ? Quel est le correctif à ce triste état de choses ? La réforme du mal, le pardon des offenses ; voilà le seul remède possible, mais c'est le petit nombre qui l'emploie. Il demande la coopération des deux conjoints, de l'époux prévaricateur et de la pauvre victime. Bien souvent, le coupable recommencera ses excès, et le foyer un moment plus tranquille redeviendra la scène d'ivrogneries, d'infidélités, d'injures et de mauvais traitements de toutes sortes.

Les législateurs ont cru devoir apporter, à cet état de choses, un remède consistant dans le divorce et la séparation de corps.

11. Nous avons déjà vu comment le divorce est contraire aux principes du droit naturel. Nous devons ajouter que l'espérance même du divorce, bien loin d'apporter un remède aux malheurs des époux, serait une nouvelle source de discordes et de querelles entre eux. On comprend facilement que les époux sachant le lien qui les unit indissoluble, seront plus disposés à se pardonner l'un l'autre, à plier leurs caractères, et à se faire des concessions mutuelles. En sera-t-il de même s'ils peuvent espérer mettre un terme à leur union ? Non certes. L'espérance du divorce est bien loin de maintenir la paix et l'harmonie dans le foyer. Elle sera un aliment de discordes. Elle portera les époux à ne pas se faire de concessions, mais à entretenir les querelles et les dissentions qui s'élèvent au foyer domestique.

12. Le divorce est également contraire à l'intérêt public, car non seulement il engendre la division entre les époux, par l'espérance même du divorce, mais encore il répand, après qu'il est consommé, la haine et l'inimitié entre les familles que le mariage avait alliées ; il produit un effet

désastreux sur les rapports des parents avec leurs enfants ; enfin l'histoire de tous les pays et de tous les temps nous prouve qu'il est une des causes les plus grandes de la corruption des mœurs, et de la décadence des peuples.

13. En vain réplique-t-on que la séparation a les inconvénients du divorce. Il y a une grande différence entre les deux états. Le divorce rompt les liens du mariage ; les époux sont désunis sans possibilité d'un rapprochement. La séparation, au contraire, ne rompt pas les liens qui unissent les conjoints ; ceux-ci peuvent toujours se rèunir de nouveau. C'est là l'espoir du droit naturel comme celui de la loi civile. La séparation n'est que temporaire. Autrefois on ne la prononçait que pour un temps déterminé, excepté au cas d'adultère. " Que si les choses " en arrivent à ce point, dit Léon XIII, que la vie com- " mune ne parait pas pouvoir être supportée plus long- " temps, alors l'Eglise permet la séparation des deux époux, " en prenant tous les moyens et en employant tous les " remèdes conformes à la condition des époux, et propres " à adoucir les inconvénients de cette séparation ; elle se " garde bien ou de ne pas travailler à la réconciliation ou " d'en désespérer."

Il faut dire de plus que la position d'époux divorcé peut paraître enviable aux yeux d'un conjoint malheureux ; celle d'époux séparé de corps bien loin d'être un objet d'envie, ne sera qu'un pis aller. Le divorcé rompt les liens d'une union qui lui est odieuse, et acquiert la liberté d'un célibataire ; il peut former de nouveaux liens. L'époux séparé de corps perd les avantages du mariage, sans pouvoir contracter une nouvelle alliance ; il n'a pas la liberté du célibataire. Il faut en conclure que si le principe du divorce est admis, les familles seront dispersées en plus grand nombre, et les enfants de ces unions n'auront pas les

avantages de l'éducation du foyer domestique. Si vous n'admettez que la séparation de corps, le nombre des familles désunies sera comparativement restreint, et la société aura l'espoir de voir ces familles se reconstituer, et la paix et la tranquillité se rétablir entre les époux.

Et qu'on ne dise pas, avec Bentham, qu'il est absurde de supposer que deux individus puissent se promettre une fidélité perpétuelle, lors même qu'ils finiraient par se haïr à mort. L'indissolubilité du lien conjugal ne résulte pas uniquement du plaisir, de l'intérêt ou des lois positives, et Bentham fait erreur en supposant l'amour et la haine, des passions nécessaires. Si l'objection valait quelque chose nous ne pourrions former aucun engagement, contracter aucune obligation, contre lesquels nos passions pourraient se révolter. Le soldat ne serait tenu d'être fidèle à son drapeau que tant que la passion ne le pousserait pas trop à le trahir. L'homme d'état ne serait fidèle à son serment que tant que la passion et l'intérêt ne le porteraient pas à vendre sa patrie. " Non, dit Taparelli, en contractant leur union les époux ne supposent pas l'absurde condition imaginée par Bentham ; ils considèrent avec leur raison toutes les relations morales sous une forme universelle ; ils savent très bien que les devoirs qu'ils s'imposeront à un jour donné seront perpétuels, car ils savent que la raison ne détruit pas le lendemain ce qu'elle a fait la veille ; c'est pour cela qu'ils s'engagent à user de la force de leur libre arbitre contre les assauts de la passion ; ils ont une entière certitude que l'homme ayant le devoir d'être bienveillant envers les autres hommes ne se verra jamais dans la nécessité de haïr un de ses semblables." (1)

L'infidélité à la foi conjugale ne pourra pas non plus faire résilier le contrat. Il est possible que la résiliation

(1) Taparelli. II, 1531.

de certain contrat ait lieu pour inexécution de ses clauses. Mais ce n'est pas là un principe général qui s'applique à toutes espèces de contrats ; cela n'est vrai que pour les contrats qui n'intéressent pas les tiers et la société. Or le contrat de mariage, comme nous l'avons vu, se propose le bien des enfants, intéresse la société tout entière, et tombe dans le domaine public.

Et qu'on ne dise pas que l'indissolubilité du mariage, donnera lieu à de terribles tentations de le rompre par l'homicide. Cet argument s'il était admis entraînerait avec lui la ruine de tous les principes. Il faudrait détruire les héritages de peur que les héritiers ne soient tentés de tuer leur auteur. Non, la conscience et les lois pénales font disparaître la force de cet argument.

14. Les raisons invoquées par les partisans du divorce, s'appliquent parfaitement à la séparation de corps, mais elles ne s'étendent pas au delà, et ne peuvent rendre le divorce licite. Et pourquoi permettrait-on à l'époux coupable de contracter de nouveaux liens quand il est prouvé qu'il n'a pu maintenir les premiers qu'il avait formés ? Quelle garantie la société a-t-elle que la femme adultère sera plus fidèle à son second mari ? " Quant à " l'époux ou l'épouse outragés, dit Madame Necker, le sort " est tombé sur eux pour donner un grand exemple de " délicatesse. Ils pleureront dans le désert comme la fille " de Jephté, mais ils vivront solitaires comme elle, par res- " pect pour des vœux prononcés en face du ciel." Pourquoi leur permettre de contracter de nouveaux liens sans pouvoir leur donner la garantie d'une union plus heureuse ?

Les partisans du divorce dépeignent la vie si pleine de déboires du conjoint malheureux, obligé de se séparer de son épouse, vivant dans le célibat, sans foyer et sans fa-

mille. Il est bien vrai que cette loi a des inconvénients, mais quelle loi n'a pas les siens ? Il est bien vrai que quelques-uns souffrent de l'indissolubilité des liens qu'ils ont contractés, mais il le faut pour assurer le bonheur de la généralité des époux, pour éviter un grand malheur : la famille divisée, le foyer domestique ruiné, l'éducation des enfants compromise, et la société tout entière en péril.

" L'homme d'Etat, dit Terrasson, imite la nature qui " parait ne pas déranger le cours de ses opérations pour " prévenir les inconvénients particuliers qui naissent de " lois généralement avantageuses."

15. Nous ne pouvons mieux faire en terminant ce chapitre que de citer l'admirable lettre encyclique de Léon XIII sur le mariage et le divorce, dans laquelle Sa Sainteté résume ainsi l'importante question que nous venons d'étudier.

" Mais il est à peine nécessaire de dire combien est pernicieux en soi le divorce. Il rend les pactes matrimoniaux révocables : il détruit l'affection mutuelle ; il fournit de dangereux stimulants à l'infidélité ; il nuit à la protection et à l'éducation des enfants ; il est une occasion de dissolution des sociétés domestiques ; il répand des germes de discorde entre les familles ; il amoindrit et déprime la dignité de la femme, qui se trouve exposée, après avoir servi aux passions de l'homme, à paraître délaissée. Et comme il n'y a rien de plus puissant pour détruire les familles, et briser la force des Etats, que la corruption des mœurs, on voit aisément qu'il n'y a rien de plus contraire à la prospérité des familles et des Etats que le divorce, qui nait de la perversion des mœurs des peuples, et qui, l'expérience l'atteste, ouvre la porte à des habitudes plus vicieuses encore dans la vie privée et publique. Ces maux paraîtront plus graves si l'on considère qu'il n'y aura

jamais de frein assez puissant pour contenir dans des limites déterminées et prévues d'avance cette licence des divorces dès qu'elle aura été concédée. Grande est la force des exemples, plus grande encore celle des passions ; avec de pareils stimulants, il doit arriver que la débauche des divorces gagne chaque jour davantage les esprits d'un plus grand nombre, comme une maladie contagieuse qui se répand ou un fleuve qui déborde après avoir franchi ses digues."

CHAPITRE II

SOMMAIRE

16. La polygamie et la répudiation ont pu être permises chez le peuple hébreux.

17. Différence entre la répudiation et le divorce.

18. La répudiation était permise chez les Juifs et non le divorce.

19. La répudiation était une loi imparfaite et transitoire.

20. Divisions entre la secte d'Hillel et celle de Shammaï sur la doctrine de la répudiation.

21. Celui qui usait de répudiation était considéré comme *odieux devant le Seigneur*.

22. On finit par abuser de la répudiation, et le divorce s'introduisit chez les Juifs.

23. Notre Seigneur vint rétablir la loi première de l'indissolubilité du mariage.

24. Réponses de Notre Seigneur aux objections des Pharisiens.

25. Explication du texte de saint Mathieu.

LA RÉPUDIATION CHEZ LES JUIFS

16. La loi naturelle est la connaissance qui a été donnée à l'homme naturellement, et qui le dirige pour agir convenablement, dans ses propres actions, soit que ces actions lui conviennent d'après la nature de son genre comme engendrer, manger ; soit qu'elle lui conviennent d'après la nature de son espèce comme raisonner et vivre en société.

L'acte humain peut ne pas convenir soit à la fin principale soit à la fin secondaire que le droit naturel propose. En d'autres termes, l'acte peut empêcher complétement la fin, comme le défaut de nourriture empêche la santé du corps ; l'acte peut faire qu'on ne puisse que difficilement atteindre la fin principale, ou ne pas accomplir la fin

secondaire, comme une nourriture impropre nuit à la santé du corps.

Si l'action ne convient pas à la fin parce qu'elle empêche absolument la fin principale, elle est directement défendue par les premiers préceptes de la loi de nature. Mais si elle ne convient pas à une fin secondaire de quelque manière que ce soit, ou à la fin principale, parce qu'elle est cause qu'on l'atteint plus difficilement, ou moins convenablement, elle est défendue non par les premiers préceptes de la loi de nature, mais par les seconds qui découlent des premiers.

Le mariage a pour fin principale la procréation, et l'éducation des enfants. Cette fin n'est pas complètement détruite par la pluralité des femmes et la répudiation, puisque le même homme peut féconder plusieurs femmes ; mais la polygamie et la répudiation la rendent difficile, puisque l'éducation des enfants en souffre des inconvénients nombreux. Le mariage a pour fin secondaire l'établissement de la société domestique, et la communication d'œuvres nécessaires à la vie. La pluralité des femmes et la répudiation s'opposent à cette fin, parce que dans le premier cas, on ne peut avoir facilement la paix et l'harmonie dans une maison où plusieurs femmes sont unies au même homme, et parce que dans le second cas, la communauté et la société entre époux est complètement détruite. Il faut donc en conclure que la pluralité des femmes et la répudiation sont défendues par les seconds préceptes de la loi naturelle.

Or, il est évident que ces seconds préceptes n'obligent pas de la même manière et avec la même force que les préceptes premiers de la loi naturelle. Dieu qui nous a donné la loi, peut, lorsqu'il le juge nécessaire, dispenser des seconds préceptes dans des circonstances particulières.

C'est ainsi que la polygamie fut autrefois permise aux anciens patriarches lorsqu'il s'agit de former et d'agrandir le peuple de Dieu, dans le but de multiplier les enfants pour son culte. Cette dispense, dit Saint Thomas, fut accordée aux patriarches par inspiration divine, et communiquée aux autres par leurs exemples. C'est ainsi que sous la loi de Moïse, la répudiation a pu être permise, non d'après l'ordre de Dieu, mais à cause de la dureté de cœur des juifs.

Elle était permise en ce sens qu'elle n'était pas l'objet d'une punition. Elle était permise, non pour produire un plus grand bien, comme la dispense qu'on accordait pour la pluralité des femmes, mais pour empêcher un plus grand mal, le meurtre de la femme auquel les juifs étaient très enclins à cause de la dépravation de leurs mœurs.

Il faut remarquer aussi que la polygamie et la répudiation, dans les circonstances particulières de la formation du peuple juif, n'entraînaient pas les inconvénients qui se rencontrent chez une nation avancée dans la civilisation. C'était un peuple agricole, et on devait d'abord en user peu ; la famille menant une vie frugale, occupée des travaux des champs, il devait y avoir au commencement, moins de ces entraînements à la volupté, et de ces désirs illicites qui portent à abuser de la répudiation. (1)

17. Dans la répudiation, le mari conserve son pouvoir naturel sur la famille ; il use même d'un pouvoir judiciaire sur sa femme pour la renvoyer. La répudiation est toujours *un acte de jurisdiction, même lorsqu'elle n'est pas un acte*

---

(1) On en voit un exemple frappant dans l'Histoire Romaine. Dès la fondation de Rome, Romulus y avait établi le droit de répudiation, et ce ne fut qu'après plusieurs siècles que Carvilius Ruga, le premier, usa de ce triste privilège. Dans notre pays, en parcourant les archives de la Nouvelle-France, on peut constater le même fait par rapport à la séparation de corps. Les *Edits et Ordonnances*, et les deux premiers volumes des *Jugements et Délibérations du Conseil Souverain de la Nouvelle-France*, ne mentionnent qu'une seule demande en séparation de corps. Elle date de 1710.

de justice. Le divorce au contraire permet à la femme de se rebeller contre le chef de famille, en lui attribuant le pouvoir de le juger et de le condamner. C'est l'établissement d'une puissance opposée à celle du chef.

18. M. de Bonald en conclut que Dieu, qui tolérait chez les juifs la loi imparfaite de la répudiation, ne leur aurait pas permis une loi destructive de la famille comme celle du divorce.

19. C'était là, la loi des juifs, loi imparfaite qui n'était établie que pour un temps, jusqu'à ce qu'un Législateur Divin vint promulguer de nouveau la loi plus parfaite de l'indissolubilité du lien conjugal.

C'était une loi dure puisqu'elle mettait tout le pouvoir entre les mains du mari, et punissait la femme des défauts de la nature ; loi dure puisqu'elle enlevait à la femme sa qualité d'épouse, sans certitude d'une union plus féconde puisque la femme souffrait seule du malheur d'une union stérile sans preuve qu'elle était la cause de la stérilité.

" La loi des Juifs, dit M. de Bonald, n'était que pour un " temps, comme toute loi imparfaite, pour le temps de l'en- " fance de l'homme social, et jusqu'à ce que parut le Légis- " lateur de l'âge viril, capable de former, comme dit Saint " Paul, *virum perfectum in mensuram aetatis plenitudinis* " *Christi.* Car, que l'on avoue ou non la divinité de la légis- " lation de Moïse, on ne peut s'empêcher de voir dans les " livres des Juifs, l'annonce d'une meilleure législation, et " dans l'univers l'existence actuelle de meilleures lois ; et " les Juifs eux-mêmes ont toujours attendu un autre légis- " lateur, puisqu'ils l'attendent encore."

20. Lorsque Notre Seigneur commença la prédication de l'Evangile chez les Juifs, il s'était formé dans la nation, deux écoles qu'une doctrine opposée séparait sur plusieurs

questions, et la loi du divorce était un des points les plus longuement débattus.

La secte d'Hillel, chef des Pharisiens, s'élevait à côté de celle de Shammaï, chef des Scribes.

Les premiers prétendaient que le mari avait le droit de répudier sa femme d'une manière tout à fait arbitraire, et qu'il était le juge suprême des motifs qui le portaient au divorce. L'un d'eux, le rabbin Akiba enseigna même que le mari pouvait renvoyer sa femme uniquement parce qu'il en trouvait une plus belle.

Les seconds, au contraire, prétendaient que le mari ne pouvait écrire le libelle de divorce, sans que sa femme se fut attirée cette disgrâce par des actions répréhensibles et honteuses.

La secte d'Hillel citait le texte même du Deutéronome.

" Si un homme, y lit-on, a pris une femme, a habité avec " elle, et si elle n'a pas trouvé grâce a ses yeux, *propter ali-* " *quam fœditatem*, il écrira un libelle de divorce, le mettra " aux mains de sa femme et la renverra de sa maison." Rien de plus formel que ce texte, disaient-ils, un homme se marie ; sa femme n'a pas trouvé grâce à ses yeux, il n'a qu'à écrire un libelle de divorce et la renvoyer. Quant aux mots *propter aliquam fœditatem*, ils leur donnaient peu d'importance. L'expression hébraïque, suivant eux, est tout à fait incolore, ne s'applique pas à un crime mais au moindre défaut, à la plus minime infirmité corporelle, et peut même signifier simplement un mécontentement, un dégoût de la part du mari.

Les disciples de Shammaï, au contraire, se basant sur le même texte enseignaient que Moïse exige la nécessité d'une cause de divorce *propter aliquam fœditatem.* Ils citaient, de plus, un autre passage du Deutéronome où l'on

voit un mari cherchant une cause pour le justifier de répudier sa femme.

" Si un homme ayant épousé une femme, en conçoit
" ensuite de l'aversion,

" Et cherchant un prétexte pour la répudier, lui impute
" un crime honteux, en disant : J'ai épousé cette femme,
" mais ayant approché d'elle, j'ai reconnu qu'elle n'était
" pas vierge,

" Son père et sa mère la prendront et ils représenteront
" aux anciens de la ville qui seront dans le siége de la jus-
" tice, les preuves de la virginité de leur fille.

" Et le père dira : j'ai donné ma fille à cet homme pour
" sa femme, mais parce qu'il en a maintenant de l'aversion,

" Il lui impute un crime honteux en disant : Je n'ai pas trouvé que votre fille fut vierge. Et cependant voici les preuves de la virginité de ma fille. Ils représenteront en même temps les vêtements devant les anciens de la ville ;

" Et ces anciens de la ville, prenant cet homme, lui feront souffrir le fouet ;

" Et le condamneront de plus à payer cent sicles d'argent, qu'il donnera au père de la fille, parce qu'il a déshonoré par une accusation infâme une vierge d'Israël ; et elle demeurera sa femme sans qu'il puisse la répudier tant qu'elle vivra ;

" Que si ce qu'il objecte est véritable, et s'il se trouve que la fille, quand il l'épousa, n'était pas vierge,

" On la chassera hors les portes de la maison de son père, et les habitants de cette ville la lapideront, et elle mourra parce qu'elle a commis un crime détestable dans Israël, étant tombée en fornication dans la maison de son père ; et vous ôterez le mal du milieu de vous." (1)

(1) Deutéronome, ch. 22, §§ 3 et suiv.

Tels étaient les textes sur lesquels se basaient les disciples d'Hillel et ceux de Shammaï.

Les deux écoles admettaient la répudiation provoquée par le libelle du mari. Toutes deux refusaient à la femme le droit de provoquer cette désunion. Ce n'était donc pas à proprement parler le divorce qui était admis chez les Juifs, mais simplement la répudiation.

21. Toutefois, celui qui usait de la tolérance de la loi, et répudiait sa femme, était considéré comme un *homme odieux devant le Seigneur*.

" Je répéterai ce que j'ai déjà dit, dit un rabbin juif,
" Samuel Japhé, que le Seigneur n'unit jamais son nom au
" mal. Car sa volonté, béni soit-il, est la conservation des
" choses, et tout ce qui est destruction, soit par la décom-
" position des éléments, soit par le péché, est contraire à
" sa volonté. Et comme le divorce est comme une espèce
" de dissolution d'un composé, de destruction d'une chose
" existante, le Seigneur, béni soit-il, n'y unit pas son nom.
" C'est le contraire du mariage qui est la figure de l'atta-
" chement intime, de l'union et de la conservation de ce
" qui existe. Voilà pourquoi il est enseigné que Dieu
" forme lui-même les mariages."

22. Mais quelqu'ait été la division des docteurs juifs sur cette question, il faut dire qu'en pratique, la répudiation marcha vers une licence sans bornes. Les Hébreux renvoyaient leurs femmes par pur caprice, et les femmes elles-mêmes finirent par usurper le droit d'écrire le libelle de divorce, comme on en voit des exemples frappants dans la famille d'Hérode.

Ce ne fut qu'après la venue de Jésus-Christ que le divorce commença à diminuer chez les juifs.

23. Les sectes d'Hillel et de Shammaï se disputaient

donc vainement lorsque commença la prédication de l'Evangile.

" Les Pharisiens s'approchèrent de Jésus pour le tenter, " dit Saint Mathieu, et ils lui dirent : Est-il permis de ren- " voyer sa femme pour quelque cause que ce soit ? Il leur " répondit : N'avez-vous pas lu que celui qui créa l'homme " dès le commencement, le créa mâle et femelle, et qu'il " dit, à cause de cela, l'homme quittera son père et sa mère " et il s'attachera à sa femme, et ils seront deux dans une " même chair. Ainsi ils ne seront plus deux, mais une " seule chair. Que l'homme donc ne sépare pas ce que " Dieu a uni."

Après cette déclaration solennelle de la loi par le Législateur suprême lui-même, il ne convient pas d'exprimer une opinion. Le mariage est indissoluble. Les sectes d'Hillel et de Shammaï sont toutes deux confondues avec la Synagogue. La loi que Dieu donna à son peuple n'a pas autorisé le divorce. Moïse, pour éviter un plus grand mal, à cause de la dureté de cœur du peuple juif, a pu exiger certaines formalités et certaines causes pour tolérer la répudiation. La formalité, c'est le libelle de divorce ; les causes, ce sont certaines taches, *propter aliquam fœditatem*. Dans ces conditions il tolère la répudiation comme loi de transition, jusqu'à ce que Notre Seigneur vienne sur la terre nous donner sa loi divine pour régénérer le genre humain, en promulguant de nouveau le précepte de l'indissolubilité du mariage. " L'homme ne doit pas séparer " ce que Dieu a uni."

24. C'est ce que Notre Seigneur lui-même nous enseigne. Lorsque les Pharisiens lui répliquèrent que Moïse avait permis au mari de renvoyer sa femme en lui remettant un libelle de répudiation, Jésus leur répondit :

" C'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de renvoyer vos femmes, mais au commencement il n'en fut pas ainsi ;

" Et je vous dis que quiconque renvoie sa femme, si ce
" n'est pour cause d'adultère, et en épouse une autre, com-
" met un adultère, et celui qui épouse une femme renvoyée
" commet un adultère. (1)

Puis l'Evangéliste saint Marc rapportant les mêmes faits ajoute :

" Et dans la maison ses disciples l'interrogèrent encore
" sur le même sujet :

" Et il leur dit : quiconque renvoie sa femme, et en
" épouse une autre commet un adultère à l'égard de celle-
" là ;

" Et si une femme quitte son mari, et en épouse un
" autre, elle commet un adultère. (2)

25. Le texte de saint Mathieu que nous venons de citer présente quelques difficultés, et les hérétiques en ont conclu que si un mari renvoie sa femme pour cause d'adultère, et en épouse une autre, il n'est point coupable de fornication. C'est sur ce texte que des sectes chrétiennes se basent pour dire que le divorce est permis.

Mais la Sainte Ecriture ne peut être en contradiction avec elle-même et à côté du texte de saint Mathieu, il faut placer celui de saint Marc que nous venons de citer.

Saint Luc aussi dit d'une manière absolue et sans distinguer. " Quiconque renvoie sa femme et en épouse une
" autre, commet un adultère ; et quiconque épouse celle
" que son mari a répudiée commet le même crime."

(1) Saint Mathieu, chap. XIX.

(2) Saint Marc, chap. 10. Saint Luc, chap. 16, v. 18.

" La femme, dit saint Paul, est liée par la loi du mariage " tant que son mari est vivant ; si elle épouse un autre " homme pendant la vie de son mari, elle sera tenue pour " adultère."

Notre Seigneur dit donc formellement et répète que le mariage chrétien est ramené aux lois primitives et qu'il ne faut pas rompre ce que Dieu a uni. Il faut donc en conclure que dans le texte de Saint Mathieu il y a deux parties distinctes.

La première nous enseigne que le mari a le droit de renvoyer sa femme coupable d'adultère. C'est la séparation *a mense et a thoro.* " Si ce n'est pour cause de fornica- " tion," ne se rapporte qu'à cette première partie " qui- " conque renvoie sa femme."

La seconde partie indique ce qui est défendu dans tous les cas, même dans celui d'une séparation légitime. Celui qui ayant renvoyé sa femme en épouse une autre est coupable d'adultère. D'où l'on peut tirer cette conclusion : qu'il est permis au mari de renvoyer sa femme adultère, mais qu'il lui est défendu d'en épouser une autre après l'avoir renvoyée.

Cette interprétation est conforme aux textes de saint Luc, de saint Marc et de saint Paul, et est celle admise par tous les docteurs de l'Eglise. (1)

(1) Tertullien *de patient.*, c. 22. Origène, Tome IV, 24.

CHAPITRE III

SOMMAIRE

26. Transition.
27. La famille à Rome, pure création du droit civil.
28 Ce n'était pas en vertu du mariage que la femme passait sous la puissance de son mari.
29. Le droit civil romain fait abstraction complète du droit naturel.
30. Il permet la répudiation.
31. Loi de la répudiation sous Romulus.
32. Carvilius Ruga et les premiers cas de répudiation.
33. La femme et son *paterfamilias* exercent le droit de divorce.
34. Le divorce *communi consensu* et *bona gratia.*
35. Déplorables abus du divorce à Rome.
36. Lois caducaires *Julia* et *Papia Poppæa.*
37. Formes du divorce romain.
38. Suite. Le *libellum repudii.*
39. Point d'intervention de l'Etat.
40. Avénement de Constantin. Législation de ses successeurs.
41. Droit de Justinien sur le mariage et le divorce.
42. Rétablissement du divorce par consentement mutuel, sous Justin II.
43. La doctrine de l'Eglise.

LE DIVORCE A ROME

26. Rome arrivait à l'apogée de sa gloire et de sa puissance à l'époque que nous venons d'étudier chez les juifs. La question qui nous intéresse commençait alors à prendre dans l'empire romain de nouveaux développements qui doivent attirer notre attention.

27. Le divorce à Rome était la conséquence logique des principes qui régissaient la famille :

" Les noces romaines, dit Flornoy, ne recevaient pas de

" la divinité ou de la loi une sanction suprême, solennelle ; " elles n'étaient pas marquées d'un signe indélébile qui " en assurat la perpétuité et l'intégrité. Le mariage se formait par le simple consentement suivi de la tradition de la femme. " Le mariage, en lui-même, dit Ortolan, et " quant à sa forme, est régi par le pur droit privé, sans " aucune nécessité qu'il intervienne ni autorité, ni solen- " nité publique." (1) Mais le mariage ne mettait pas la femme sous la puissance de son mari ; elle restait sous celle de son *paterfamilias*.

La famille romaine était une pure création du droit civil ; ce n'était pas le lien du sang qui réunissait sous le même chef les différents membres de la famille ; c'était purement le droit de puissance, *patria potestas*, la puissance sur les enfants ; *manus*, sur la femme dans les cas spéciaux où elle avait lieu ; *mancipium* sur un homme libre ; enfin la puissance du *paterfamilias* sur ses esclaves, *dominica potestas*. Le chef de famille pouvait même ne pas être marié ; il pouvait être en bas âge, *infans*. L'épouse ne formait pas toujours partie de la famille de son mari, et ses enfants, dans ce cas, ne formaient pas partie de sa famille à elle.

Si elle faisait partie de la famille de son mari, ce qui n'avait lieu que dans le cas ou elle était *in manu mariti*, elle était considérée au point de vue du droit civil, comme la fille du *paterfamilias*, et la sœur de ses enfants, *filiæ locum obtinebat*, dit Gaius. (2)

28. Ce n'était pas en vertu du contrat de mariage que la femme passait sous l'autorité du mari ; celui-ci pouvait acquérir la *manus*, la puissance maritale, par l'*usus* C'était là le premier et probablement le plus ancien mode d'acquérir la puissance. Il consistait dans l'usucapion de la

(1) Ortolan Hist. du Droit Romain, No. 121, p 123.

(2) Gaius I, 111.

femme par la prescription d'une année, comme l'usucapion de toute chose mobilière. On acquérait encore la puissance maritale au moyen de la forme sacramentelle de la *confarreatio*, mode spécialement réservé aux patriciens " Par le *farreum*, dit Ulpien, l'épouse passe *in manu* au moyen de certaines paroles, de la présence de dix témoins, d'un sacrifice solennel dans lequel on se sert d'un pain de farine *panis farreus*." (1) Servius Tullius introduisit aussi la *coemptio*, achat et adoption civile opérée au moyen de la mancipation. C'est le mode *per æs et libram*. Il semble que c'est là l'ordre dans lequel furent établis ces trois modes de mettre la femme *in manu mariti* ; du moins c'est ce que l'on conclut du texte de Gaius : *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptione.* (2) Mais ce *farreum* et cette *coemptio* ne sont pas essentiels au mariage ; ils l'accompagnent ordinairement dans l'origine ; ils n'en forment pas partie.

29. Le droit civil des Romains faisait donc abstraction complète du droit naturel, des droits et obligations naissant du mariage, tant par rapport aux époux entre eux, que par rapport aux enfants. Que dis-je, les enfants ! Il semble au contraire que bien loin d'avoir des droits, ils sont les choses et la propriété du *paterfamilias*. La loi des Douze Tables donne même au père, le droit de vie et de mort sur ses enfants en bas âge. Le nouveau-né était déposé aux pieds du despote ; si le maître le repoussait, s'il passait outre, l'enfant était condamné à la mort, ou à l'exposition, souvent pire que la mort ; en le levant de terre, le père lui permettait de vivre.

30. On comprend facilement qu'avec ce système et ces principes il n'était que logique de permettre la répudiation

(1) Ulp. Regulœ, tit. IX.

(1) Gaius I, 110.

Le mariage, contracté sans les formalités nécessaires pour mettre la femme sous la puissance de son mari, pouvait se rompre par la volonté des parties ; du moins, le mari pouvait répudier sa femme, et le *paterfamilias* de celle-ci, conservant encore tous ses pouvoirs de chef, pouvait reprendre sa fille des bras de son gendre, tant que ce dernier n'avait pas acquis la puissance maritale par l'usucapion.

Mais il n'en était pas de même du mariage contracté avec les cérémonies de la *confarreatio*, ni des autres cas où la femme était *in manu mariti*. Le mari seul pouvait répudier sa femme.

Romulus avait permis au mari de répudier sa femme dans les cas suivants : si elle avait commis l'adultère, si elle avait préparé du poison, ou supposé des enfants, et encore si elle avait bu du vin, dit Aulu-Gelle. (1)

Montesquieu traduisant le texte *Cleidon upobole* par *falsification des clefs*, ajoute que le mari avait encore ce droit, lorsque sa femme avait falsifié ses clefs. Nous pensons qu'on doit plutôt traduire ce texte par *abandon des clefs*. Quel intérêt la femme aurait-elle à falsifier les clefs ? " La " coutume, dit Festus, était de donner les clefs aux épou- " ses, pour signifier la facilité d'avoir et de nourrir les en- " fants." (2) Saint Ambroise dit que la femme offensée remet les clefs de la maison conjugale et retourne chez son père. (3) La femme possède donc les clefs de son mari. Pourquoi falsifier ce dont elle a la libre disposition ? Ne s'agit-il pas plutôt de l'abandon des clefs, c'est-à-dire, la désertion, l'abandon du foyer domestique ?

32. Quoiqu'il en soit, cette loi sommeilla longtemps, grâce à la simplicité des mœurs des premiers citoyens de

(1) Aulu-Gelle, Nuits Attiques. X, ch. 23.

(2) Festus vo. Clavis.

(3) Saint Ambroise. Epist. 65.

Rome. Ce fut Carvilius Ruga, qui, le premier, répudia sa femme, vers l'an 230 de Rome, (1) parcequ'elle était stérile. " Il sacrifia ses affections, dit Aulu Gelle, à la religion du " serment qu'il avait prêté devant les censeurs, en jurant " qu'il se mariait pour avoir des enfants" (2). Ce fut là un funeste exemple, qui trouva des imitateurs. Peu à peu, avec l'opulence et la richesse, la corruption pénétra dans la société et la famille, et le nombre des divorces augmenta considérablement.

La loi des Douze Tables ne donna pas à la femme le triste privilège de divorcer, mais elle établit un système qui y conduisit par la suite. Jusqu'alors, les femmes finissaient toutes par tomber sous la puissance de leurs maris ; immédiatement au moment du mariage si l'on avait eu recours à la *confarreatio* ou à la *coemptio* ; et au bout d'une année par l'usucapion, si l'on n'avait pas eu recours à ces modes spéciaux. C'est la loi des Douze Tables qui établit un moyen pour la femme de se soustraire à l'usucapion. Il lui suffisait de découcher trois nuits de suite chaque année. *Itaque*, dit Gaius, *lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nolet eo modo, in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet.* (3)

L'usucapion n'était plus que facultatif et l'épouse put conserver ses biens et sa famille. La femme devient donc intéressée à se marier sans formalités, et à se soustraire à la *manus* du mari. Le père conservait sur sa fille son autorité première. Les pouvoirs du père et du mari se trouvèrent souvent en conflit, élément de discorde dont la femme profita pour s'émanciper. Dès ce moment la famille romaine marcha à grands pas vers sa dissolution.

(1) Sic Plutarque et Montesquieu.
(2) Aulu Gelle II chap. 9.
(3) Gaius I, 111.

33. Ce n'était plus le mari seulement qui pouvait rompre le mariage en répudiant son épouse, le *paterfamilias* de celle-ci pouvait reprendre sa fille non seulement avec son consentement mais même malgré elle. Telles étaient les conséquences des principes sur lesquels était assise la famille romaine. Le père opérait ce divorce, le plus souvent dans le but de rentrer en possession de la dot de sa fille. Aussi avait-on fini par lui refuser le droit de demander la restitution de la dot, s'il n'agissait pas de concert avec sa fille. Enfin Antonin enleva complétement ce droit au père (1).

34. Il est assez difficile de dire à quelle époque, la femme put elle-même provoquer le divorce. Plutarque enseigne que Domitien fut le premier qui permit aux femmes d'écrire le *libellum repudii*. Cependant il est assez probable que la femme usa de ce privilège auparavant. Dans l'origine, les femmes firent provoquer le divorce par leurs *paterfamilias*, et quand ce recours ne fut plus qu'une simple formalité, et que l'autorité de leurs *paterfamilias* et de leurs tuteurs ne fut plus qu'illusoire, les femmes se trouvèrent avoir le droit de divorcer elles-mêmes.

Quand il fut permis à là femme de rompre son mariage, les époux se trouvèrent souvent d'accord pour divorcer ; ce fut à cette époque que s'introduisit le divorce par consentement mutuel, *communi consensu*, ou *bona gratia*.

35. Les divorces augmentèrent alors considérablement à Rome, et aux dernières années de la république, c'était un événement de tous les jours de voir un mari répudier sa femme, une épouse divorcer et se jeter dans les bras d'un nouvel amant. Bientôt les femmes ne comptèrent

(1) Paul, Sent. liv. V, tome VI, § 15.

plus les années par le nombre de consulats, mais par celui de leurs maris. Juvénal tourne en ridicule les femmes qui savent changer de maris huit fois en cinq années.

Sic fiunt octo mariti,
Quinque per automnos. (1)

L'ambition, l'inconstance, la passion, les vices, tout poussait les citoyens vers ces unions éphémères qui disparaissaient avec les saisons. La conduite des Romains venait opposer le plus honteux démenti à cette belle définition de leur jurisconsulte Modestin : "*Nuptiæ sunt conjunctio maris* " *et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris* " *communicatio.*"

Avec sa verve ordinaire, Juvénal dépeignait le caractère si éphémère du mariage romain : " Pourquoi, dit-il, Sertorius est-il si vivement épris de Bibula ? Prenez-y garde ; " ce n'est pas une épouse, c'est un visage qu'il aime ; que " la peau se fane ; qu'il survienne deux ou trois rides ; que " l'émail des dents se ternisse, et que les yeux perdent un " peu de leur éclat. Faites votre paquet, dit un affranchi ; " partez ; votre aspect nous dégoute ; vous vous mouchez " si souvent. Partez, vous dis-je, et sans délai ; nous attendons un nez moins humide que le vôtre." (2)

" J'en adjure les dieux, s'écrie Caton, c'est une chose " insupportable de voir le traffic que ces hommes font par " leurs mariages, des postes des plus élevés, et comment, " en commerçant de femmes, ils se donnent les uns aux " autres, les premières charges de la république, le gouvernement des provinces et le commandement des armées."

" Plus heureuses et plus sages, dit Tacite, sont les cités " où les vierges seules sont appelées au mariage, et ne

(1) Sat. VI. 229.
(2) Juvénal VI, 142.

" peuvent qu'une fois ouvrir leurs cœurs aux désirs et aux
" espérances de l'épouse." (1)

Le mari fidèle à ses premiers amours, la femme chaste qui n'avait pas contracté de second mariage, étaient devenus de rares exceptions dans l'empire Romain. Le plus bel éloge qu'on pouvait inscrire sur la tombe d'une femme, c'était de mentionner le fait qu'elle n'avait eu qu'un seul mari. *Conjugi piœ, inclytœ, univirœ.*

Saint Jérôme rapporte que de son temps, il y avait, à Rome, une femme qui avait eu vingt-deux maris. Son dernier époux avait eu successivement presque autant de femmes.

36. Il nous faut dire un mot ici des lois caducaires. La loi *Julia de adulteris* frappa de peines sévères l'époux adultère. La loi *Papia Poppœa* fit encourir certaines incapacités aux personnes non mariées. Pour échapper aux coups de ces lois, le mari divorcé devait contracter immédiatement un second mariage; la femme seule avait un délai pour convoler de nouveau. Comme le but de la loi était la reproduction de l'espèce, en donnant des enfants à l'état, elle récompensait la fécondité et frappait d'incapacités les époux stériles. Ces lois n'avait pas pour but d'encourager le divorce, mais elles y portaient les citoyens qui n'avaient pas eu d'enfants d'une première union. " Les lois caducaires, dit Accarias, en poussant les citoyens à des unions
" précipitées et sans choix, accéléraient artificiellement la
" dépravation qu'elles prétendaient arrêter."

" Ici donc, dit l'abbé Gaume, la loi commence à être
" directement immorale. Coupables ou non, les époux
" dont il est question, seront punis. Mais de quel crime ?

---

(1) Tacite, dit M. Guizot, peignait les Germains, comme Montaigne et Rousseau, les sauvages, dans un moment d'humeur contre sa patrie.

"Si la stérilité provient de la nature, votre loi est une "iniquité. Ce n'est pas, reprend le législateur, le crime "involontaire qui les rend coupables à nos yeux. C'est la "désobéissance à la loi qui ordonne la répudiation et le "divorce en cas de stérilité. Voilà donc une loi qui pres-"crit directement les deux choses les plus criminelles et "les plus destructives de la famille, la répudiation et le "divorce." (1)

"Heureusement, dit Gravina, elle est la seule qu'on con-"naisse dans le monde" (2).

37. Quant aux formes qui étaient suivies pour opérer le divorce, il faut remarquer qu'à l'origine, lorsque la femme était *in manu mariti*, sous la puissance du mari comme *paterfamilias*, il fallait la faire sortir de cette puissance. Si donc, elle y était entrée par la coemption ou encore par l'usage, il fallait recourir à une nouvelle mancipation, *remancipatio*, pour rompre la puissance maritale.

Si on avait eu recours à la cérémonie solennelle de la *confarreatio*, il fallait détruire les effets de ce sacrifice, par un sacrifice contraire, la *diffarreatio.*

Les mariages contractés sans formalités pouvaient se rompre de même. La convention des époux, leur simple consentement, dissolvaient le mariage dans les temps où le divorce de consentement mutuel était permis. Mais si la dissolution du mariage avait lieu par la volonté d'un seul des époux, elle était généralement accompagnée d'un acte de divorce. Le mari enlevait à sa femme les clefs de la maison conjugale (3), la chassait de chez lui, et lui rendait sa dot en disant : *Tuas res tibi habeto*, ou encore : *Tuas res tibi agito*. La femme qui divorçait de son chef, quittait le

(1) Gaume. Histoire de la famille I x 147.

(2) Gravina, In leg. Pap.

(3) Ciceron, 2 Phil., 28.

foyer conjugal après avoir remis les clefs à son mari : “ *Mulier offensa claves remisit, domum revertit,*” dit saint Ambroise (1).

La présence des époux n'était pas même nécessaire ; le divorce pouvait se faire par mandataire, ou encore au moyen d'une lettre.

La femme adultère était dépouillée de ses habits, et revêtue de la toge, costume des courtisanes. Elle perdait sa dot.

Quelquefois, on dressait un écrit constatant le divorce et ses causes (2), et on brisait les tablettes qui contenaient les conventions matrimoniales, *tabulas quoque fregerat,* dit Juvénal (3).

Mais il n'y avait rien de sacramentel. On finit même par discuter la question de savoir si un second mariage n'équivalait pas à un divorce (4).

Enfin fut passé la loi *Julia de adulteris* qui exigea dans tous les cas un acte de divorce, *libellum repudii* (5). C'était là une formalité applicable à tous les divorces et obligatoire sous peine de nullité. Ce libelle de divorce devait se faire en présence de sept témoins, tous citoyens romains et pubères, et d'un affranchi du divorçant. C'était l'affranchi qui remettait l'acte de répudiation, ou prononçait les paroles sacramentelles. On ne faisait exception que lorsque le mari était prisonnier chez l'ennemi. S'il se passait cinq années sans nouvelles de l'époux, et qu'on le crut mort, l'autre conjoint pouvait se marier (6). Si l'époux était absent pour services militaires, la femme pouvait remettre le

(1) Saint Ambroise, Epist. 65.
(2) Suetone, Calig. 36. Senèque *De beneficiis* III.
(3) Juvenal Sat. VI, 75.
(4) Ciceron, *De Oratore.*
(5) D. 48, Tit. V.
(6) Nov. 22, ch. 7.

libelle de divorce au chef de son mari après quatre ans, sous Constantin (1) ; après dix années seulement, sous Justinien (2). La Novelle 117 va encore plus loin. La femme doit s'enquérir si son mari est véritablement mort, et ne peut se remarier sans la permission de l'empereur.

39. " Point d'ingérence de la société, dit Flornoy, point " de décision du magistrat ; deux époux rompant pour des " causes déterminées, ou par dissentiment mutuel, une " union qui n'a de force et de durée que par la volonté des " contractants ; voilà toute l'économie du divorce, qui cor- " respond trop fidèlement à celle du mariage lui-même. Et " l'on peut appliquer à la législation romaine ce que Lafer- " rière dit de notre droit révolutionnaire. Rien n'est plus " facile que de contracter mariage, dans cette phase légis- " lative, si ce n'est de dissoudre le mariage par le " divorce " (3).

40. Il ne faut pas s'étonner si le Christianisme s'asseyant sur le trône impérial dans la personne de Constantin n'a pas amené dans la législation le principe de l'indissolubilité du lien conjugal. Plus de la moitié de l'empire était encore païenne, et n'était pas prête à accepter une réforme aussi radicale dans la loi et les mœurs. Sans aller aussi loin, Constantin publia une constitution qui était une grande réforme. Jusqu'à cette époque, on avait divorcé *propter omnem culpam*, pour toutes espèces de fautes et même de prétextes. Il réduisit les causes de divorce aux suivantes ; pour le mari : l'adultère, le proxénétisme et la magie de la femme ; pour la femme : le meurtre, la violation des tombeaux et la magie du mari. Dans tous les

---

(1) Loi. 7, Code de rep.

(2) Nov. 22.

(3) Eugène Flornoy—Le Divorce à Rome.

autres cas le divorce est déclaré *injustum*, et l'époux qui le provoque est frappé de peines sévères.

Honorius et Théodose augmentèrent les causes de divorce, et Théodose le Jeune revint entièrement à l'ancien droit. C'était l'esprit païen qui reprenait le dessus.

Sous le règne de Théodose et Valentinien III, les idées chrétiennes prévalent ; ces empereurs après avoir aboli l'ancien droit touchant le divorce, en définissent de nouveau les causes ; ce sont les cas de crimes et d'attentats aux mœurs.

Quant au divorce par consentement mutuel, il est prohibé ; c'est l'intérêt des enfants qui l'exige, disent-ils, *favor imperat liberorum* (1). Cette parole de la constitution impériale révèle toute une révolution dans les mœurs de l'empire romain. L'enfant n'est plus la chose et la propriété du père ; on lui reconnait des droits.

41. Justinien traite du divorce dans les Novelles XXII et CXVII.

La première rappelle l'ancienne législation, et se contente d'ajouter trois nouvelles causes de divorce à celles établies par Théodose et Valentinien : ce sont l'avortement, le fait de se baigner avec des hommes, *voluptatis occasione*, parler de contracter un nouveau mariage pendant l'existence du premier.

Justinien déclare de plus que le mariage peut être rompu *nudo consensu* sans que le divorçant soit puni des peines du divorce injuste *per occasionem rationabilem* lorsque l'autre conjoint est impuissant depuis trois ans, ou lorsqu'il est tombé en esclavage, lorsqu'il est réduit en captivité chez les barbares, sans donner de ses nouvelles

(1) Code. *De repudiis* 8.

pendant cinq années ; lorsqu'il s'est écoulé dix années sans nouvelles du mari parti pour la guerre ; enfin lorsque les époux veulent choisir un état meilleur et entrer dans un monastère.

La Novelle CXVII permet le divorce contre celui qui ayant eu connaissance d'une conspiration contre l'état n'en a pas averti les autorités. Le divorce par consentement mutuel est prohibé et puni. Le magistrat doit livrer la femme coupable à l'évêque qui la fera enfermer à vie dans un monastère. La Novelle CXXXIV punit également le mari coupable.

42. Nous ne ferions pas l'historique complet du divorce en droit romain, si nous omettions de mentionner le rétablissement du divorce par consentement mutuel sous Justin II, le neveu et successeur de Justinien.

" Dans une longue préface, dit Flornoy, le nouvel empe-
" reur s'excuse humblement de porter une main téméraire
" sur l'œuvre de son oncle, mais, dit-il plaisamment, les
" époux malheureux n'ont pas manqué qui sont venus
" supplier l'empereur de leur rendre le moyen de rompre
" une chaîne devenue intolérable. Justin leur a donné de
" bons conseils, les a exhortés à la patience, mais hélas !
" cela n'a servi à rien, *nihil profecimus.* Et Justin conclut
" par cette considération que n'eut pas désavoué notre
" moderne LaPalisse : lorsque des individus sont animés
" l'un contre l'autre d'une haine violente, il est bien diffi-
" cile de les réconcilier." (1)

43. Mais le Christianisme était déjà répandu dans l'empire depuis plusieurs siècles, et dans son œuvre de réhabilitation de la femme, il attaquait de front les principes du divorce. Parmi les nombreuses expositions de doctrine,

(1) Flornoy, Le Divorce à Rome III.

nous aimons à rappeler celle du saint évêque de Milan, celui qui avait su fermer les portes de sa cathédrale à un empereur rebelle à la voix du Pontife.

“ Vous chassez votre épouse, s’écriait saint Ambroise, et “ vous pensez que c’est votre droit, mais si la loi des “ hommes le permet, celle de Dieu le défend. Ecoutez “ cette loi à laquelle vos législateurs doivent obéissance : “ Que l’homme ne sépare pas ce que Dieu a uni.”

CHAPITRE IV

SOMMAIRE

44. La répudiation chez les Francs.
45. Charlemagne proclame le principe de l'indissolubilité du lien conjugal, et adopte le remède du droit canon, la séparation de corps.
46. Lors de la Réforme, le divorce n'est pas admis pour les protestants.
47. La répudiation était-elle permise, en France, aux juifs portugais ?
48. Droit révolutionnaire de septembre 1792.
49. Le Code Napoléon.
50. Abolition du divorce sous la Restauration.
51. La loi du 27 juillet 1884.

LE DIVORCE EN FRANCE

44. Bientôt les Barbares firent invasion dans l'Empire d'Occident. Tout fut renversé, tout fut bouleversé. L'autorité civile et la magistrature disparurent. A la place du pouvoir impérial, s'élévèrent vingt barbares qui jugèrent chacun suivant sa nationalité. Les nouveaux conquérants apportaient avec eux leurs coutumes qui permettaient la répudiation ; et bientôt ils empruntèrent le divorce au droit romain depuis longtemps introduit dans les Gaules.

Un seul pouvoir résistait, que dis-je ! un seul pouvoir continuait en s'agrandissant au milieu de ce chaos. C'était celui de la religion chrétienne avec ses principes impérissables.

Lorsqu'après cette période d'invasions et de ténèbres, les nations du moyen âge furent formées, la France catho-

lique reconnut hautement le principe de l'indissolubilité du mariage.

Les rois francs usèrent cependant de la répudiation. On cite comme exemples de divorce dans l'origine de l'histoire des Francs, Bazire qui quitta le roi de Thuringe pour suivre Childéric son second mari. Cherebert, roi de Paris, renvoya sa femme. Chilperic, roi de Soissons chassa également Andoverre, sa première femme, pour épouser Galswinthe, sœur de Brunehaut. Dagobert eut trois femmes, grâce à deux divorces. Enfin Charlemagne répudia sa première femme parcequ'elle n'était pas chrétienne. Mais ces rois furent repris en différents temps par les papes et les évêques, les gardiens de la doctrine sacrée.

45. Charlemagne lui-même proclama le principe de l'indissolubilité du lien conjugal. Cependant tout en admettant ce principe, il fallait bien pouvoir mettre un frein au despotisme dans le foyer domestique, et trouver un remède à ces terribles maladies de la société conjugale qui ont noms adultère, homicide, menaces de mort, excès de toutes sortes. Le droit canon avait introduit dans la société chrétienne, la séparation de corps, qui est le droit qu'ont les époux, en certains cas, de vivre séparés d'habitation, sans que le lien du mariage soit rompu. Ce fut ce système qu'on adopta.

46. Lorsque la Réforme fit son apparition, et que le divorce fut permis en diverses contrées de l'Europe, il resta exclu de la législation française. Jamais les tribunaux français, avant la Révolution ne reconnurent le divorce, pas même lorsque les parties appartenaient à la religion protestante.

47. Mais cette jurisprudence s'appliquait-elle aux Juifs ? C'est là une question qu'il est plus difficile de résoudre.

Les juifs, chassés d'Espagne, sous le règne de Ferdinand et d'Isabelle, cherchèrent un refuge en France, où les rois leur permirent de s'établir, avec le privilége de " pouvoir " vivre selon leurs usages et défense de les y troubler tant " en jugement qu'au dehors." On s'est demandé si ce privilége conservait aux juifs toutes leurs lois, y compris celle ayant rapport à la répudiation.

Guyot s'est prononcé pour l'affirmative. Il cite à l'appui de son opinion un jugement du Châtelet de Paris, (1) par lequel, il est donné acte au demandeur du libelle de divorce de ce dernier, et les parties sont renvoyées devant deux rabbins juifs qui devront agir suivant les usages des juifs portugais.

Il n'entre pas dans le cadre de notre travail d'examiner le mérite intrinsèque de ce jugement mais qu'il nous soit permis de remarquer qu'on ne peut étendre les privilèges accordés aux juifs portugais, qu'en autant qu'ils ne viennent pas en conflit direct avec les lois d'ordre public, et celles concernant les bonnes mœurs. Or, il nous semble évident que le divorce et la répudiation étaient, à cette époque du droit français, considérés également contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est pourquoi, nous croyons ne pas devoir admettre l'opinion de Guyot en cette matière.

Tels étaient, croyons-nous, les principes du droit français avant la Révolution.

48. La Révolution voulut faire table rase de toute autorité. L'homme, disait-on, est libre à l'égard de Dieu, libre à l'égard de l'Eglise, libre à l'égard de ses semblables ; il ne relève que de lui-même, de sa raison, de sa volonté. Or le mariage indissoluble est la négation de cette liberté, car il enchaine la volonté humaine à Dieu, à l'Eglise, à l'épouse ;

---

(1) Le 10 mai 1779.

il faut donc briser ce lien, et faire cesser le préjugé tyrannique de l'indissolubilité conjugale. En conséquence, le 20 septembre 1792, l'Assemblée Législative passa une loi établissant le divorce et abolissant la séparation de corps.

49. Le Code Napoléon adopta un moyen terme. Le divorce fut conservé, mais on rétablit la séparation de corps pour les catholiques qui ne pouvaient, en conscience, demander la dissolution du mariage.

50. Le divorce ne fut pas maintenu sans protestations. M. de Bonald déploya toute son énergie pour le combattre, et ses efforts contribuèrent beaucoup à faire abolir le divorce, en 1816, sous la Restauration.

51. Après la révolution de 1830, plusieurs tentatives furent faites pour rétablir le divorce, mais toutes échouèrent devant la chambre haute.

On croyait donc la question jugée sans appel, lorsqu'en ces dernières années, M. Naquet se rendit tristement célèbre en amenant de nouveau, devant le Corps Législatif, un projet de loi pour rétablir le divorce. C'est aujourd'hui la loi du 27 juillet 1884, actuellement en force.

CHAPITRE V

SOMMAIRE

52. La Réforme introduit le principe du divorce dans l'Europe moderne.
53. Henri VIII et le divorce.
54. Ancien système du divorce anglais.
55. La nouvelle loi du divorce, 20 et 21 Victoria, chap. 85.
56. Lois d'Ecosse touchant la dissolution du mariage.
57. Le divorce aux Etats-Unis.

LE DIVORCE EN ANGLETERRE

52. Ce fut la Réforme qui introduisit le divorce dans l'Europe moderne.

En Allemagne, le berceau du protestantisme, Luther permit à Philippe, landgrave de Hesse, d'avoir deux femmes à la fois, à la seule condition que le second mariage de Philippe avec la belle, mais peu scrupuleuse Marguerite de Saal, fut tenu secret.

53. Comme on le sait, Henri VIII introduisit le divorce en Angleterre avec le schisme et l'hérésie. Mais le divorce ne prit pas rang parmi les lois générales de la nation.

Milton souleva cependant la question dans une adresse au Long Parlement (1). Il plaidait la cause égoïste de l'individu, sans prendre en considération les intérêts et les droits de la famille. " Si l'amour et la paix n'existent pas, il n'y " a pas de mariage, s'écriait-il." C'était cependant le même

(1) Milton's Doctrine and Discipline of Divorce.

poëte qui avait si harmonieusement chanté, dans le *Paradis perdu*, la sainteté de l'amour conjugal.

54. La loi demeura la même, mais on introduisit l'usage de passer des lois spéciales permettant le divorce dans des cas particuliers. Le parlement anglais accordait exceptionnellement ce qu'il ne voulait pas permettre par une loi d'une application générale.

Le Parlement exigeait deux conditions pour admettre un bill de divorce. 1o. Qu'il y eut déjà séparation de corps, *divorce a mense et thoro*, prononcée par l'autorité compétente, c'est-à-dire les cours ecclésiastiques; 2o. Qu'une poursuite en dommages *for criminal conversation* eut été portée contre le séducteur de la femme adultère. Cette seconde condition était exigée comme preuve qu'il n'y avait aucune collusion entre le mari et la femme pour obtenir le divorce.

Peu à peu, la Chambre des Lords et la Chambre des Communes établirent des règles et des formalités pour la passation des bills de divorce. On introduisit l'usage d'entendre les avocats des parties. L'on put alors dire qu'en Angleterre, pour qu'il y eut divorce, il fallait trois procès ; le premier devant les autorités ecclésiastiques pour obtenir la séparation de corps ; le second, le procès civil en dommages contre le séducteur ; et enfin une troisième instance solennelle devant le Parlement. De telle sorte, dit un auteur anglais, que le divorce était un remède pour le riche, tandis que le pauvre devenait bigame (1).

(1) En 1845, le juge Maule en prononçant la sentence d'un pauvre hère convaincu de bigamie, laissait voir toute l'injustice de la pratique anglaise. La femme du prisonnier l'avait volé et s'était enfuie avec son séducteur. " You should have brought an action, s'écria le juge, and obtained damages which the other side would probably not have been able to pay ; and you would have had to pay your own costs, perhaps a hundred, or a hundred and fifty pounds. You should then have gone to the ecclesiastical courts and obtained a divorce *a mense et thoro* ; and then to the House of Lords, where having proved that these preliminaries had been complied

55. En 1850, on fit une tentative pour passer une loi générale de divorce, mais ce ne fut qu'en 1857 que cette loi fut votée. L'acte 20 et 21 Victoria, chap. 85, établit un nouveau tribunal appelé "*Court for divorce and matrimonial causes.*"

La nouvelle loi réunit les trois procès en un seul. L'ancienne action en dommages, *for criminal conversation*, est remplacée par la mise en cause du séducteur dans l'action en divorce. Les autorités de la cour ecclésiastique et du parlement sont réunies en celle du nouveau tribunal.

La Cour a jurisdiction non seulement en matière de divorce, mais aussi en celle de séparation de corps. Cette séparation peut être demandée par le mari ou la femme pour adultère, cruauté, ou désertion de plus de deux ans.

L'action en divorce est instituée au moyen d'une requête. Le mari peut présenter cette requête pour l'adultère de sa femme. Celle-ci peut baser sa demande sur l'adultère du mari si ce crime a un caractère grave, comme lorsqu'il est accompagné d'inceste, de bigamie, de viol, de cruautés, ou d'abandon de la femme pour plus de deux ans ; ou encore si le mari s'est rendu coupable de sodomie, de bestialité ou d'autres crimes contre nature. Si c'est le mari qui poursuit, il doit mettre en cause le séducteur de sa femme à moins que la Cour ne l'en exempte pour une raison valable. La Cour ne doit pas prononcer le divorce, si elle croit qu'il y a collusion entre les parties, ou qu'il y a eu réconciliation entre les époux depuis les griefs allégués. S'il est établi que le demandeur est également coupable, la Cour exercera sa discrétion.

---

with, you would have been enabled to marry again. The expense might amount to five or six hundred, or perhaps a thousand pounds. You say you are a poor man. But I must tell you that there is not one law for the rich and another for the poor."

56. En Ecosse, le divorce a été reconnu dès le temps de la Réforme, et le simple adultère du mari y est considéré cause suffisante.

57. Dans les colonies anglaises de l'Amérique, le divorce ne fut reconnu qu'après la déclaration de l'Indépendance.

La plupart des Etats-Unis ont passé des lois établissant des Cours de Divorce. Les causes qui sont reconnues comme suffisantes sont nombreuses et très variées. En général, l'adultère de l'un ou de l'autre conjoint, la folie, l'impuissance, le refus du mari de recevoir sa femme, la désertion de l'un ou l'autre des époux pendant une période de temps déterminé, sa condamnation au pénitencier pour la vie, ou dans quelques Etats pour plus de deux ans, la grossesse de la femme avant son mariage, si son mari l'a ignorée ; telles sont les causes les plus ordinaires de divorce.

Le Deleware est à peu près le seul Etat qui ne reconnait que la séparation de corps, *divorce from bed and board.* La Caroline du Sud prohibe tout divorce, de quelque nature qu'il soit.

CHAPITRE VI

SOMMAIRE

58. Sous le régime français la séparation de corps était seule permise par la loi.
59. Après la conquête, la loi resta la même, mais le Parlement admit quelques exceptions.
60. Premiers divorces en Canada.
61. Le Bill McLean.
62. Les demandes pour divorce.
63. Tableau des lois de divorce.
64. Procédure pour l'obtention du divorce.
65. Tentative pour créer une cour de divorce.
66. Dangers que nous courons d'avoir une loi de divorce.
67. Remède et conclusion.

LE DIVORCE EN CANADA

> Ce fléau n'ose pas encore s'abattre sur nos foyers canadiens, mais il est à nos portes. Il attend avec impatience l'heure d'entrer.
>
> BRUNET—*La famille et ses traditions.*

58. La colonie de la Nouvelle France fut établie à une époque où la législation française, catholique dans ses principes, refusait d'admettre le divorce et proclamait hautement l'indissolubilité du mariage.

La Coutume de Paris, introduite en Canada, n'admettait que la séparation de corps.

Mais quoique la loi permit ce relâchement du lien conjugal, il semble que les premiers habitants du pays, n'aient pas eu recours à ce remède bien souvent.

Dans les trois volumes des *Edits et Ordonnances* l'on ne trouve qu'un seul cas de séparation de corps. Angélique Girout, femme de Vincent Rodrigue, obtint un jugement de cette nature, le 23 février 1710. L'action est basée sur les sévices et les mauvais traitements du mari envers sa femme (1).

Il n'est fait aucune mention de séparations de corps dans les deux premiers volumes des *Jugements et Délibérations du Conseil Souverain de la Nouvelle-France.*

Je ne veux pas dire que les mœurs étaient tellement pures et que les époux étaient tous si chastes et si unis, que l'on n'eut pas besoin de recourir à ce mode. Je constate simplement le fait. Il y eut, comme partout ailleurs, au commencement de la colonie et sous le régime français des unions mal assorties, des maris et des femmes infidèles. Mais le nombre en fut comparativement restreint, et les mœurs dans la colonie, furent généralement irréprochables. Cependant en parcourant les *Edits et Ordonnances*, ainsi que les *Jugements et Délibérations du Conseil Souverain de la Nouvelle-France*, on peut voir que, si les mœurs étaient chastes en Canada à cette époque, il y avait de malheureuses exceptions (2).

59. Lorsque le Canada changea de maître, notre droit privé resta le même, et le divorce ne forma jamais partie du droit civil de la Province de Québec.

Cependant, depuis quelques années, à l'instar de ce qui se pratiquait autrefois en Angleterre, des particuliers se sont adressés au Parlement pour obtenir le redressement de leurs griefs et demander la dissolution du mariage qu'ils

(1) *Edits et Ordonnances* II 431.

(2) Voyez surtout les *Edits et Ordonnances* vol. I. p. 67 ; vol. II pages 16, 52, 92, 204, 311 et 431.

Jugements et Délibérations du Conseil Souverain de la Nouvelle-France, vol. I, p. 114, 274, 389, 399, 463, 516 528, 540, 575, 578, 649, 656, 660, 661, 669, 769, 966, 972, 973 et 978, vol. II, p. 5, 7, 9, 12, 39, 52, 94, 154, 187, 328, 340, 965.

avaient contracté. L'on a créé des exceptions au principe général de l'indissolubilité du lien conjugal. Lorsque le Parlement a jugé à propos de le permettre, il a passé une loi privée pour autoriser le divorce demandé.

Ces lois particulières ne sont pas très nombreuses heureusement.

60. C'est la Législature du Haut-Canada, avant l'union des provinces, qui nous dota du premier cas de divorce. Un nommé Stuart fit passer un bill à cet effet en 1840. Ce qu'il y a de remarquble, c'est qu'il n'y eut pas de débats à ce sujet et que le projet fut adopté sans discussion aucune. " Je ne puis m'empêcher de dire, écrit M. Caron, qu'il est " un peu surprenant qu'une question nouvelle et de cette " importance n'ait suscité dans la Chambre où elle parais- " sait pour la première fois, aucune discussion, aucune " opposition, aucun débat quelconque ; la chose est sûre- " ment à regretter, car j'ai peu de doute que si le sujet " avait été mûrement pesé et discuté, la Législature en " serait venue à une autre conclusion que celle qu'elle a " adoptée ; et l'on n'aurait pas aujourd'hui ce précédent à " nous citer, précédent, qui d'ailleurs, est bien compensé " par la circonstance qu'aucun cas de cette nature n'a " jamais été soumis à la Législature du Bas-Canada qui " était la même que celle du Haut-Canada " (1).

Quatre ans plus tard, Flora Thompson, de St-Clément de Beauharnois, épouse de Joseph Toll, faisait une requête du même genre, en alléguant que son mari l'avait abandonnée, et avait contracté un second mariage au pays de Galles, mais la pétitionnaire ne procéda pas sur sa demande (2).

---

(1) Le *Canadien*, 10 mars 1845.
(2) Can. Leg. Ass. J. 1844, p. 34.

La question du divorce vint devant les représentants du Bas-Canada, pour la première fois, l'année suivante, en 1845. Harris, un officier de l'armée anglaise qui avait été en garnison à Québec, quelques années auparavant, et qui s'était marié pendant son séjour en Canada, présenta une requête aux chambres canadiennes, demandant la dissolution de son mariage Le projet de loi donna lieu à une vive discussion devant le Conseil Législatif et la Chambre d'Assemblée. Les journaux du temps nous ont conservé les discours de l'hon. P. de Bourcherville et du regretté lieutenant-gouverneur Caron. Ce dernier discours surtout est remarquable par sa clarté, sa logique, et l'exposé complet de la question. Il mérite d'être lu (1).

Le bill fut voté, en seconde lecture, au Conseil, par 9 voix contre 8. Les membres qui se prononcèrent contre la mesure enregistrèrent au long leur protêt. C'est la première protestation dans nos Chambres contre le divorce. Nous croyons devoir la reproduire ici, telle que la publia la *Gazette de Québec :*

LEGISLATIVE COUNCIL

PROTEST

To the second reading of the Bill intituled : " An Act to dissolve the marriage of Henry William Harris, Esquire, with Eliza Walker, otherwise called Eliza Lock Walker, his now wife, and to enable him to marry again and for other purposes therein mentioned."

Dissentient.

Because this House being a branch of a subordinate Legislature established by Act of the Imperial Parliament, holds no powers but such as are expressly granted to it, or are necessary to give effect to the power with which it is so invested ;

Because the power of hearing and determining the complaints of individuals for the violation of a contract or alleged injuries belong only to Tribunals invested with judicial powers, which are not conferred on this House ;

(1) Le discours de M. de Bourcherville est publié dans les *Mélanges Religieux*, 1845, vol. VIII, p. 103.

Celui de M. Caron est publié dans le *Canadien* du 10 et du 21 mars 1845.

Because the possession of such powers by the House of Lords, which is the highest judicial tribunal in the United Kingdom cannot justify the assumption of such power by this House ;

Because to legislate on individual cases without the legal power of hearing and determining on the complaints of the parties, would expose this House to be instrumental in committing acts of injustice and is otherwise of dangerous precedent and injurious tendency ;

Because the said Henry William Harris and his wife, were at no time permanently domiciled in this province and have long withdrawn therefrom, and have a remedy if they are entitled to a divorce, in the Tribunal of the House of Lords and in the Imperial Parliament, whose power in such cases extends to all Her Majesty's subjects and to every part of the Empire ;

Because the Royal instructions "relating to the enactment of laws by the "Parliament of the Province of Canada, communicated to the Legislative "Council on the 19th September 1841 expressly instruct the Governor" not to propose or assent to any Act whatsoever for the divorce of persons joined together in Holy Matrimony ; classing the said prohibition, among those wherein it is not provided that the Bills be reserved for the signification of Her Majesty's pleasure ;

Because on the supposition that the Provincial Legislature had the power of passing an Act establishing a divorce, the circumstances of the Country do not require the exercise of that power and the pernicious example of the enactment of a Law of the nature proposed would not be compensated by any benefit which might result to the parties more immediately concerned.

(Signed), J. Neilson,
Jas. Dionne,
A. Dionne,
R. E. Caron,
Bmy. Joliette,
L. Massue.

February 21st, 1845.

Les Honorables de Boucherville et Roy étaient absents du Conseil lorsque ce protêt fut signé ; c'est ce qui explique l'omission de leurs noms dans ce document (1).

Le projet fut présenté à l'Assemblée Législative le 14 mars (2).

A la troisième lecture M. Aylwin proposa le renvoi à six mois, mais le bill fut voté par 39 voix contre 19 (3).

Le projet, cependant, n'obtint pas force de loi ; il fut désavoué en Angleterre parceque Harris n'avait pas un do-

(1) *The Quebec Gazette*, 24th February 1845.

(2) *The Quebec Gazette*, 19 March, 1845.

(3) Can. Leg. Ass. j. 1845, p. 367.

micile légal et suffisant dans le pays (1). C'était un des points que M. Caron et M. de Boucherville avaient invoqués contre le bill ; c'était aussi un des points mentionnés dans le protêt de la minorité du Conseil. " Il est pénible, avait dit le " *Journal de Québec* du 18 février précédent, que notre pays, " si proverbial jusqu'à ce jour pour sa moralité, soit témoin " d'un pareil spectacle. Il est pénible que les liens que " l'Auteur du christianisme a déclaré indissolubles soient dis- " sous par acte du Parlement." Le pays était exempté une fois encore, de ce triste précédent, malgré les votes de ses représentants. Mais il n'en fut pas de même en 1853. Le Capitaine Beresford obtint un bill pour rompre le mariage qu'il avait contracté avec une femme infidèle, qui avait deserté le toit conjugal. Le bill fut voté au Conseil malgré les protestations de M. de Boucherville et de plusieurs autres conseillers (2).

A la Chambre d'Assemblée le projet fut voté en seconde lecture par 35 voix contre 8 (3). Ce vote parait extraordinaire et demande quelques mots d'explication. Plusieurs membres qui étaient opposés au principe du bill en votèrent la seconde lecture pensant donner leurs voix simplement pour que la seconde lecture fut prise en considération.

Trente-trois députés votèrent en faveur du projet à sa troisième lecture, tandis que trente-deux se prononçaient pour la négative (4).

" Le bill pour permettre au capitaine Beresford de divor- " cer, dit le *Journal de Québec*, a été passé par 33 contre 32. " Je suis heureux d'avoir à annoncer que tous les catho- " liques, un seul excepté, ont voté contre ce bill " (5).

(1) Can. Leg. Ass. j. 1846, p. 29.

(2) Voir le discours de M de Boucherville dans le *Journal de Québec* du 12 mai 1853. Voir aussi le *Journal de Québec* du 28 et du 30 avril de la même année.

(3) Can. Leg. Ass. j. 1852-53, p. 778.

(4) Can. Leg. Ass. j. 1852-53 p. 949.

(5) *Journal de Québec*, le 7 juin 1853.

61. John McLean, en 1858, fit une demande du même genre auprès du parlement canadien. Le projet de loi fut voté au Conseil Législatif, mais l'Assemblée le rejeta. Les journaux de l'époque ne mentionnent pas ce bill ; nous en concluons que le projet n'attira pas l'attention publique comme il le fit l'année suivante, lorsqu'il revint pour une seconde fois devant les chambres canadiennes. Ce fut alors (1859), véritablement, que la question fut discutée, car ce ne fut pas sans la protestation unanime des députés catholiques, que l'Assemblée Législative des deux Canadas, passa, par une faible majorité, le projet de loi pour venir en aide à John McLean, et lui permettre de rompre son mariage.

Le 24 mars, lorsque le bill fut présenté par M. Morrison pour subir sa première lecture à l'Assemblée Législative, l'on invoqua, surtout à l'appui du projet, la pratique suivie en Angleterre, où le Parlement avait déjà accordé plus de deux cents divorces. On prétendit aussi que la législation canadienne possédait trois précédents semblables.

M. Cimon, le député de Charlevoix, fit motion en amendement :

" Qu'il n'est pas expédient d'accorder à John McLean la " dissolution de son mariage avec Dina Hewgill, deman- " dée par lui pour cause d'adultère, et de lui accorder la " permission de se remarier du vivant de sa première " femme, et que cette Chambre, en passant un bill pour cet " objet, détruirait dans le mariage ces deux caractères de " l'unité et de l'indissolubilité que les communions chré- " tiennes ont toujours regardés comme des garanties essen- " tielles de la morale et des liens de famille."

A l'appui de son amendement M. Cimon dit que le divorce était un principe de mort pour la société. " L'his- " toire est là, s'écria-t-il, pour nous démontrer que tous les

" peuples ont compris que le lien matrimonial est indisso-
" luble et pour prouver que les peuples qui, après avoir
" admis cette vérité sont venus à la fouler aux pieds, ne
" l'ont point fait en vain, et ont vu crouler tout l'édifice de
" leur union sociale dont l'élément principal et premier est
" la famille."

Après avoir exposé les effets désastreux du divorce dans l'ancienne Rome, et en France, il conclut que les lois qui admettent ce principe sont un encouragement à tous les désordres. Ces désordres ne sont d'abord que de simples causes de dissolution du mariage, mais lorsque le principe du divorce est admis, ils deviennent, entre les mains d'époux irrités, les moyens pour rompre leur union.

" Les avocats de cette mesure, s'écria-t-il en terminant,
" s'autorisent de l'opinion publique. L'opinion publique
" demande qu'on adopte ce principe, disent-ils. Je ne crois
" pas que la majorité des pères, des mères, des époux, des
" épouses et des enfants du Canada demande une loi qui
" est une menace contre la paix et l'honneur de leurs foyers,
" mais si ce qu'on appelle l'opinion publique était, par mal-
" heur, en faveur de cette mesure ; eh bien ! il faudrait ré-
" sister à l'opinion publique, et suivre la loi du devoir et de
" la conscience. Ce qu'on veut appeler ici l'opinion
" publique n'est que le cri de quelques individus, dont les
" caprices sont les seules lois, et qui érigent en principes
" leurs faiblesses et leurs misères " (1).

Plusieurs autres membres de la Chambre prononcèrent à cette occasion un exposé des vrais principes sur la matière. Nous devons citer surtout l'honorable T. D. McGee, M. Bureau et M. Langevin, depuis Sir Hector Langevin. Ce dernier prouva que le bill de divorce est mauvais en lui-

(1) *Courrier du Canada*, 4 avril 1859.

même ; mauvais au point de vue religieux, et mauvais au point de vue social.

La presse catholique s'émut. Le *Courrier du Canada* qui venait de passer des mains de M. Aubry sous la direction de M. Joseph Charles Taché, revendiqua avec habilité les droit de la famille en danger. *Le Journal de Québec*, *La Minerve*, *L'Ordre*, *Le Canadien* et le *True Witness* firent une exposition claire des vrais principes qui régissent la famille. On reprocha aux ministres bas-canadiens de ne pas se prononcer, autrement que par leurs votes silencieux, sur une question de cette importance.

L'amendement Cimon fut perdu par un vote de 39 contre 66. Lorsque le bill revint pour la seconde lecture, il fut sur le point d'échouer. Quarante députés se prononcèrent contre le bill, tandis que quarante-un seulement l'appuyèrent.

Enfin ce malheureux projet passa par toutes les phases ordinaires. Il fut réservé le 4 mai, par le Gouverneur, pour la signification du bon plaisir de Sa Majesté. La nouvelle loi fut sanctionnée le 29 juillet, et proclamée dans le cours du mois d'août 1859.

Depuis cette époque, dix-neuf bills semblables ont été accordés en différents temps par le Parlement, mais les demandes de divorces ont été plus nombreuses.

Nous croyons qu'il est utile d'énumérer ici les différentes demandes présentées au Parlement à cette fin depuis la Confédération, ainsi que le sort réservé à chacune d'elles. Nous mentionnerons ensuite, dans un second tableau, les cas où le divorce a été accordé, indiquant les causes jugées suffisantes, s'il a été exigé un procès préalable ; et enfin la province d'où la demande tire son origine.

Ces tableaux nous semblent utiles pour étudier l'histoire du développement du divorce en Canada.

62. DEMANDES DE DIVORCE

ANNO DOMINI.	NOM DU PÉTITIONNAIRE.	SORT DU BILL.
1867-68...	Whiteaves..............	Voté par les deux Chambres.
1869...	Jones	Le comité du Sénat se prononce contre.
do ...	Stevenson	Voté par les deux Chambres.
1870...	Martin	Le comité du Sénat se prononce contre.
1872...	do	Voté par le Sénat, mais rejeté par la Chambre des Communes.
1873...	do	Voté par les deux Chambres.
1875...	Petersen	do do do
1876...	Campbell R..	Le rapport du comité du Sénat est remis à la session suivante.
1877...	Bates	Voté par les deux Chambres.
do ...	Campbell R......	Voté par le Sénat, mais rejeté par la Chambre des Communes.
do ...	Holiwell	Voté par les deux Chambres.
do ...	Scott	do do do
1878...	Hunter....	do do do
do ...	Johnston	do do do
do ...	Lyons.....................	do do do
1879...	Campbell Eliza	do do do
1882...	Gardiner	Le pétitionnaire retire sa demande.
1883...	Nicholson	Le comité du Sénat fait rapport que la preuve n'est pas suffisante.
1884...	Graham......	Voté par les deux Chambres.
1885...	Cox..........................	do do do
do ...	Davis	do do do
do.....	Evans	do do do
do ...	Hatzfeld.	do do do
do ...	Smith......................	Le comité du Sénat se prononce contre le bill parceque les parties agissent collusoirement.
do ...	Perry	Voté par les deux Chambres.
1886...	Birril	do do do

63. Lois de Divorce

Anno Domini.	Nom du Requérant.	Causes du divorce.	Procédures antérieures à la Requête au Parlement.	Statut.	Province du Requérant.
1852.	Beresford, W. M......	Adultère de la femme, excès et sévices	Aucune poursuite préalable, parceque la coupable s'était enfuie avec son complice hors de la juridiction des tribunaux........	16 Vict., c. 267....	Haut Canada.
1859.	McLean, John.........	Adultère de la femme	Aucune poursuite préalable, la femme s'étant enfuie du pays..............................	22 Vict., c. 132.....	Haut Canada.
1864.	Benning ....,.......	Adultère de la femme.........	Jugement en dommages contre la femme et son séducteur	27-28 Vict., c. 175.	Bas Canada.
1863.	Whiteaves ....,....	Adultère de la femme	Jugement antérieur................................	31 Vict., c. 95......	Québec.
1869.	Stevenson................	Adultère de la femme.........	Aucune poursuite préalable, la femme s'étant enfuie hors de la juridiction des tribunaux..	32-33 Vict., c. 75..	Ontario.

63. Lois du Divorce—*Suite*

Anno Domini.	Nom du Requérant.	Causes du divorce.	Procédure antérieure à la Requête au Parlement.	Statut.	Province du Requérant.
1873.	Martin	Adultère de la femme	Poursuite *for criminal conversation*, verdict et jugement contre la femme et son séducteur	36 Vict., c. 126	Ontario.
1875.	Petersen	Adultère de la femme	Poursuite *for criminal conversation* et jugement contre la femme et son séducteur	38 Vict., c. 98	Ontario.
1877.	Bates, Mary Jane	Adultère du mari et bigamie	Poursuite et sentence criminelle	40 Vict., c. 87	Ontario.
1877.	Scott, Walter	Adultère de la femme	Poursuite *for criminal conversation* et jugement	40 Vict., c. 88	Ontario.
1877.	Holiwell, Martha	Adultère, désertion et bigamie du mari	Aucune poursuite préalable et aucune raison alléguée pour en être dispensé	40 Vict., c. 89	Ontario.

1878.	Hunter, Hugh	Adultère de la femme.........	Aucune poursuite préalable et aucune raison alléguée pour en être dispensé........	41 Vict., c. 46	Ontario.
1878.	Lyons, V. Elizabeth.	Adultère, désertion et maladies vénériennes du mari.	Aucune poursuite préalable et aucune raison alléguée pour en être dispensé	41 Vict., c. 47.......	Ontario.
1878.	Johnston, Geo	Adultère de la femme.........	Poursuite en dommages et jugement contre le séducteur.........	41 Vict., c. 48	Québec.
1879.	Campbell, Eliza	Mauvais traitements, abandon, injures graves et demande pour divorce...	Poursuite pour pension alimentaire et pétition contre le bill de divorce de son mari Robert Campbell.........	42 Vict , c. 79........	Ontario.
1884.	Graham, John	Adultère de la femme.........	Aucune poursuite antérieure et aucune raison alléguée pour en être dispensé................	47 Vict., c. 107.....	Ontario.
1885.	Cox	Adultère de la femme.........	Aucune poursuite antérieure et aucune raison alléguée pour en être dispensé.................	48-49 Vict., c. 85...	Ontario.
1885.	Davis, Esther	Adultère, désertion et cruauté du mari. Négligence de fournir à sa femme les choses nécessaires à la vie	Poursuite et jugement en séparation de corps..	48-49 Vict., c. 37...	Québec.

63. Lois du Divorce—*Fin*

Anno Domini.	Nom du Requérant.	Causes du divorce.	Procédures antérieures à la Requête au Parlement.	Statut.	Province du Requérant.
1885.	Evans, Alice	Adultère du mari................	Aucune poursuite préalable et aucune raison alléguée pour en être dispensé	48-49 Vict., c. 39...	Ontario.
1885.	Hatzfeld, Geo	Adultère de la femme et désertion.........	Aucune poursuite préalable et aucune raison alléguée pour en être dispensé	48-49 Vict., c. 38...	Ontario.
1885.	Terry, F. E. Jane....	Adultère, ivrognerie et abandon du mari.................	Action pour pension alimentaire	48-49 Vict., c. 36. .	Ontario.
1886.	Birril, Flora............	Incompatibilité d'humeur et divorce obtenu par le mari aux Etats-Unis.	Aucune poursuite préalable et aucune raison alléguée pour en être dispensé................	49 Vict., c. 113... ..	Ontario.

Le bill d'Eliza Campbell (42 Vict., c. 79) ne permet que la séparation de corps avec les mêmes effets qu'une séparation judiciaire en Angleterre. Dans la province d'Ontario, il n'y a aucune Cour qui ait jurisdiction pour prononcer une séparation *a thoro et mense;* voilà pourquoi la pétitionnaire a dû s'adresser au Parlement.

64. Les bills de divorce ont toujours été soumis à des règles particulières. La procédure qu'on suit a pour objet de mettre l'époux, contre lequel le divorce est demandé, en état de se défendre, d'exiger la preuve complète des prétendues causes de divorce, de faire connaître toute collusion, toute connivence entre les époux, ou même de découvrir toute réconciliation et pardon survenus entre eux depuis les griefs que l'on allègue ; enfin de permettre aux tiers de prendre connaissance de la demande faite au Parlement.

On sait que d'après la clause 91 de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, le parlement fédéral a seul jurisdiction en matière de divorce. Les bills de cette nature doivent toujours être présentés d'abord à la Chambre du Sénat.

Les règles de cette Chambre exigent qu'un avis de six mois soit publié dans la Gazette Officielle du Canada, et dans deux journaux du domicile des époux. Si les époux sont domiciliés dans les provinces de Québec ou de Manitoba, l'avis doit être publié en anglais et en français.

Cet avis doit aussi être signifié à l'époux contre lequel on veut demander le divorce, ou, au moins, le pétitionnaire doit prouver qu'il a fait son possible pour effectuer cette signification. Cette preuve se fait par une déclaration solennelle conformément au statut 37 Victoria, chapitre 37, concernant la suppression des serments volontaires et extrajudiciaires.

Si le pétitionnaire s'est déjà adressé aux tribunaux pour obtenir le redressement de ses griefs, il doit l'alléguer dans sa requête, et accompagner celle-ci de copies certifiées de toutes les procédures. Si le jugement a été exécuté, il le mentionne ; dans le cas contraire, il explique quelles raisons l'ont empêché de le faire.

La requête de celui qui demande le divorce est présentée au Sénat, où elle reste déposée sur la table pendant deux jours. Le pétitionnaire doit payer deux cents piastres pour couvrir les frais du projet de loi. La pétition est alors lue devant la Chambre.

Si le comité des ordres permanents fait rapport au Sénat que toutes les formalités requises ont été suivies, le bill est présenté et subit sa première lecture.

Quant à la seconde lecture du bill, elle ne peut avoir lieu qu'après quatorze jours, pendant lesquels avis doit être affiché à la porte du Sénat, avec une copie du projet de loi. Cet avis doit aussi être signifié à la personne contre qui le divorce est demandé. On ne peut s'en exempter qu'en prouvant qu'il a été impossible de faire cette signification. Cette preuve se fait par témoins entendus à la barre de la Chambre.

Le pétitionnaire doit comparaître en personne devant le Sénat, et être présent à la seconde lecture, pour y être interrogé sous serment. Cet interrogatoire peut être général sur tous les faits qui ont donné lieu à la demande de divorce, mais il se fait spécialement dans le but de découvrir toute fraude, toute collusion qui pourraient exister entre les parties, ou encore toute réconciliation survenue depuis les griefs allégués. Telles sont les dispositions de la règle 77 du Sénat. Mais la pratique est de faire motion pour que cette règle soit suspendue dans chaque cas, et le comité du Sénat qui doit entendre la preuve est chargé de faire l'interrogatoire requis.

C'est alors que le bill est référé à un comité de neuf membres qui président à l'enquête, les époux y sont représentés par des procureurs. On procède à la preuve du mariage et de tous les faits mentionnés dans le préambule de l'acte.

Les avocats des parties peuvent aussi être entendus à la barre de la Chambre, tant sur la question du divorce proprement dit, que sur celle des intérêts pécuniaires des époux entre eux.

Le comité fait rapport au Sénat recommandant le divorce ou déclarant que le préambule du bill n'a pas été prouvé d'une manière satisfaisante. Si le rapport est favorable et s'il est adopté, le projet de loi subit alors sa troisième lecture.

Un message est envoyé aux Communes leur communiquant la preuve, et tous les documents à l'appui du projet de loi.

Aux Communes, on applique les règles concernant tout bill qui vient du Sénat.

Jusqu'à l'année 1879, le Gouverneur-Général réservait toujours les bills de cette nature pour la signification du bon plaisir de Sa Majesté. Telles étaient les instructions des gouverneurs généraux. Mais depuis cette époque, les instructions ne sont plus les mêmes, et le Gouverneur-Général sanctionne immédiatement les bills de divorce.

65. De la concession de divorces particuliers à la création de cours générales de divorce, il n'y a qu'un pas. On a tenté de franchir ce pas en 1875. M. de Cosmos, un député de la Colombie Anglaise, proposa à la Chambre des Communes la résolution suivante :

"Que la pratique d'accorder le divorce par acte du Par-
" lement devrait être discontinuée pour plusieurs raisons,
" et que le meilleur moyen de régler les matières matrimo-
" niales serait d'établir une cour, dans chacune des pro-
" vinces, ayant jurisdiction exclusive dans ces sortes de
" matières, et le pouvoir dans certains cas, de décréter la
" dissolution du mariage."

L'Honorable M. Mackenzie, alors premier ministre, Sir John A. McDonald, l'Honorable Joseph Cauchon, et quelques autres orateurs, se prononcèrent fortement contre la résolution. Les premiers la trouvaient inopportune, et M. Cauchon, mauvaise en soi, non-seulement au point de vue religieux, mais encore au point de vue purement social. Cinq membres seulement appuyèrent la proposition de M. de Cosmos, et cent trente-quatre députés se prononcèrent pour la négative (1). Le résultat fut donc heureux.

66. Mais la tentative, quoiqu'infructueuse, montre que nous marchons dans une mauvaise voie. Nous devons surtout nous alarmer si nous comparons la courte histoire du divorce canadien avec la progression lente de la même question en Angleterre.

Le divorce ne fut d'abord admis en Angleterre que pour des rois et quelques rares particuliers. La tradition catholique, qui se continua longtemps dans ce pays, s'opposait au divorce, et ce ne fut qu'après plusieurs siècles que la corruption et le relâchement des mœurs, rendirent plus acceptable la dissolution du mariage par le divorce. Ce ne fut véritablement que dans le dix-neuvième siècle que le le peuple demanda les mêmes privilèges dont quelques personnages riches et puissants avaient jouis jusqu'alors. La loi privée, qui accorde un privilège, sert presque toujours d'introduction à des doctrines générales que la nation met dans le corps de ses lois. C'est ce qui est arrivé en Angleterre, et ce qui malheureusement pourrait arriver ici. Et, si l'on compare la lente progression de cette question dans la métropole, avec l'extension qu'elle a prise en peu d'années en Canada, on a raison de s'alarmer grandement.

Le nombre des divorces s'accrut lentement en Angleterre. On n'en compte qu'un seul cas au 16ème siècle, et

(1) Voir Débats de la Chambre des Communes, Canada, 1875, p. 910.

quatre au 17ème ; de 1715 à 1775 le nombre des divorces s'éleva à 60 ; pendant les vingt cinq années qui suivirent, il y en eut 74. Enfin, pendant la première moitié du dix-neuvième siècle, le Parlement fut appelé à présider à la dissolution de 110 mariages à peu près.

A peine la nouvelle Cour " for divorce and matrimonial " causes " fut-elle établie, qu'elle fut assiégée par une multitude d'époux malheureux, et que le nombre des divorces s'accrut de manière à ouvrir les yeux aux moins clair-voyants. En 1869 on comptait en Angleterre 159 divorces, et en 1880, 278.

En Canada, il n'y a que peu d'années que la question du divorce s'agite devant nos législateurs, et voyons l'effrayante rapidité avec laquelle elle se développe, eu égard à notre population. Avant la Confédération, de 1840 à 1867, il n'y eut que cinq demandes de ce genre devant la Législature.

Le premier bill de cette nature, celui de Stuart, passa inaperçu dans la Législature du Haut Canada. Le second, celui de Harris, fut désavoué en Angleterre, non pas, il est vrai, parcequ'on ne voulait pas en admettre le principe, mais parceque les époux n'étaient pas domiciliés en Canada (1). McLean dut revenir deux fois devant le Parlement pour obtenir sa demande (2).

Depuis l'Union des Provinces en vertu de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, de 1867 à 1886, il y eut vingt-six demandes de divorces. C'est là un chiffre alarmant, surtout si l'on considère que ces demandes viennent toutes de la province d'Ontario ou de la province de Québec. Le divorce est admis en vertu de lois générales antérieures à la Confédération dans les provinces du Nouveau Brunswick, de la Nouvelle Ecosse et de l'Isle du Prince Edouard.

(1) Canada Leg. Ass. j. 1846, p. 29.
(2) En 1858 et en 1859.

C'est ce qui explique le fait qu'il n'y a pas une seule demande qui tire son origine de ces provinces (1).

C'est avec peine que nous le disons, nous nous acheminons à grands pas vers la reconnaissance du divorce, comme loi générale du pays. Le Parlement s'est déjà départi de sa sévérité première ; il n'exige plus avec la même rigueur l'existence de procédures antérieures à la demande de divorce. Il a augmenté les cas dans lesquels il permet la dissolution du mariage. On peut s'en assurer en examinant les différentes lois de divorce ci-dessus mentionnées. Il se montre plus facile dans l'accomplissement des formalités exigées par l'usage et les règlements de la Chambre.

On a introduit la coutume d'exempter le requérant de comparaître en personne et de subir un interrogatoire à la barre du Sénat, comme les règlements de cette Chambre l'exigent formellement. La règle du Sénat, à ce sujet, est invariablement suspendue dans chaque cas, comme je l'ai mentionné ci-dessus.

Déjà l'on a exprimé l'idée qu'un autre tribunal que le Sénat devrait être saisi des questions de cette nature. Dans une circonstance encore récente, le président d'un comité de divorce, M. MacFarlane, en présentant son rapport au Sénat, disait qu'il serait beaucoup plus sage que l'enquête se fit devant une cour de justice régulière. "Our "experience in this, dit-il, more definitely than in any other "case, brought under our notice the fact that it would be

(1) La Législature de la Nouvelle Ecosse passa un statut dans la 32ème année de George II, chap. 17, accordant au gouverneur et à son conseil le pouvoir de dissoudre les mariages pour adultère, cruauté, désertion, et refus de fournir les choses nécessaires à la vie pendant trois années. Ce statut a été changé par l'acte I Geo. III, chap. 7, qui a restreint à l'adultère et à la cruauté seulement les causes pour lesquelles le divorce pouvait être accordé. La loi actuellement en force est contenue dans les *Revised Statutes of Nova Scotia, Part III*, c. 126. Dans le Nouveau Brunswick c'est l'acte de la 31 Geo. III, chap. 5, qui a créé un tribunal pour prendre connaissance des cas de divorce. Ce tribunal est également composé du gouverneur et de son conseil.

"much the wiser course if examination of this character "were held before some other tribunal. While the committee have full opportunity of examining each witness "most minutely, still there is a difficulty in submitting "witnesses who are either unwilling or prepared to perjure themselves, in fact, to that rigid and close examination which would be made in a court of justice" (1). Sans être pessimiste, il nous semble que c'est là un acheminement vers l'établissement des cours de divorce.

Jusqu'à ces dernières années, tout bill de divorce était réservé par le Gouverneur Général et ne recevait de sanction que de la Reine elle-même. C'était là une barrière de plus opposée à la dissolution du lien conjugal. Mais depuis quelque temps, le Gouverneur Général sanctionne lui-même ces bills. Ce changement dans la pratique suivie jusqu'alors, n'a pas été fait directement pour accorder de nouvelles facilités au divorce, mais n'est-il pas vrai que le divorce en est plus facilement et plus expéditivement obtenu ?

Et d'ailleurs, n'est-ce pas reconnaître le principe du divorce que de le permettre à des particuliers, en certains cas, au moyen de bills privés. Le privilége de lois particulières a servi d'introduction dans la société à toutes les doctrines que la loi est venue plus tard couvrir de sa protection. "Là où les grands ont passés, la foule "passera à son tour," dit, avec beaucoup de vérité, M. de Bonald.

Ecoutez ce que la brutale logique des faits mit dans la bouche du Procureur-Général lorsque le bill de 1857 fut proposé à la Chambre des Communes en Angleterre, et vous verrez que, malheureusement, nous sommes dans une posi-

(1) Debates of the Senate, 1883, p. 288.

tion semblable, et que les mêmes remarques peuvent s'appliquer à notre législation :

" Comme question de fait, il faudrait pour repousser ce
" bill (1), dit-il, désapprouver toute la pratique de la législation existante sur ce sujet, revenir sur ses pas, condamner tout ce qui a été fait pendant les deux derniers siècles, et refuser désormais de recevoir aucun de ces privilèges que le Parlement avait coutume d'admettre dans le passé. Si l'on prétend que le principe appliqué jusqu'ici est conforme aux sentiments que Dieu a mis dans le cœur de l'homme, mais que le mode d'administration de la justice dans la passation des bills de divorce était oppressif et blessant dans un haut degré, alors, d'après toutes les règles de la justice, le Parlement est obligé de sanctionner des moyens plus impartiaux, plus expéditifs et plus économiques pour l'avantage de tous les sujets du royaume."

67. Je viens de signaler le mal ; je viens de montrer le danger qui nous menace ; je n'aurais pas rempli ma tâche si j'omettais d'indiquer le remède.

Ce remède, je dois l'avouer, n'est pas entièrement à notre disposition, nous catholiques de la province de Québec. Il consiste dans l'amendement de l'acte de l'Amérique Britannique du Nord.

La clause 91 de cet acte, en définissant les pouvoirs du Parlement du Canada, dit qu'entre autres choses, il peut législater en matières concernant le mariage et le divorce. C'est ce qui est contenu dans le vingt-sixième paragraphe. La section 92 dit que les législatures provinciales auront jurisdiction exclusive quant à la célébration du mariage dans la province. Eh bien ! il s'agirait de retrancher le

(1) Le bill établissant la nouvelle cour *for divorce and matrimonial causes.*

vingt-sixième paragraphe de la section 91 : " Le mariage " et le divorce," et de l'ajouter à la section 92.

Nous n'avons pas besoin d'une longue démonstration pour prouver que les dispositions de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, touchant le mariage, n'étaient pas conformes aux désirs de nos représentants lorsque le projet de confédération fut adopté Elles ne le sont pas davantage aujourd'hui. Comme on peut le voir en parcourant les débats sur la confédération, le but principal que nous avions en vue en acquiesçant au projet était d'avoir dans chaque province une législature ayant jurisdiction sur toutes les matières relatives à notre droit civil, et et à plus forte raison, sur cette partie du droit qui peut affecter nos institutions religieuses. En un mot, nous voulions, dans le projet de confédération, mettre à l'abri " nos institutions, " notre langue et nos lois," pour lesquelles nous avions combattu si longtemps.

L'acte de l'Amérique Britannique du Nord nous donne-t-il cette sauvegarde que nous désirions ? Il est évident que non, et une des questions les plus compromises est celle du mariage, puisqu'il reste sous la jurisdiction du pouvoir central où l'élément protestant nous domine.

Je crois donc que le seul remède que nous pourrions avoir est un amendement à l'acte qui nous régit, de manière à mettre la question toute entière sous la jurisdiction des législatures provinciales. Obtiendrons-nous ce changement ? C'est le vœu que nous formons de tout notre cœur en terminant cette première partie de notre travail.

LA
SÉPARATION DE CORPS

CHAPITRE I

SOMMAIRE

68. Définition de la séparation de corps.
69. Elle ne peut avoir lieu de consentement mutuel.
70. Causes de la séparation.
71. La mort civile entraîne-t-elle séparation ?

ARTICLE I

72. L'adultère est une cause péremptoire de séparation.
73. Distinction entre l'adultère du mari et celui de la femme.
74. Quel adultère de la femme est cause de séparation ?
75. Quel adultère du mari donne lieu à la séparation ?
76. Qu'entend-on par *maison commune ?*
77. *Quid,* si les époux habitent une partie de la maison et la concubine l'autre partie ?
78. *Quid,* si le mari est propriétaire, locataire ou usufruitier de la maison où il entretient la concubine ?
79. *Quid,* si la femme n'habite pas la maison conjugale ?

ARTICLE II

80. Excès, sévices et injures graves.
81. Doit-on distinguer entre les excès d'une part et les sévices et injures graves de l'autre ?
82. Dans l'appréciation des excès, sévices et injures graves, le juge doit examiner le motif des offenses.
83. Leur nombre.
84. Leur publicité.
85. Provocation.
86. La condition des parties, leurs habitudes et leur position sociale.

87. L'âge des époux, et l'existence d'enfants communs, peuvent aussi être pris en considération.

88. L'adultère du mari, lorsqu'il ne tombe pas sous le coup de l'article 188, peut aussi quelque fois donner lieu à la séparation.

89. Il en est de même des familiarités inconvenantes de la femme avec des étrangers.

90. *Quid*, du reproche mal fondé d'adultère ?

91, *Quid*, du refus du mari de connaitre charnellement sa femme ?

92. *Quid*, des passions honteuses du mari ?

93. La communication d'une maladie vénérienne est-elle une cause de séparation ?

94. Le refus de procéder au mariage catholique après que le mariage a été célébré par le ministre protestant est-il une injure grave ?

95. *Quid*, si le mari refuse d'élever ses enfants dans une religion convenue ?

96. Une action en nullité de mariage est-elle une injure grave ?

97. *Quid*, de la grossesse de la femme avant son mariage ?

98. Beaucoup d'autres cas peuvent se présenter.

ARTICLE III

99, Le refus du mari de recevoir sa femme et de lui fournir les choses nécessaires à la vie.

100. Le juge doit-il d'abord condamner le mari à fournir à sa femme les choses nécessaires avant de prononcer la séparation ?

101. La mort civile.

LES CAUSES DE SÉPARATION.

68. La séparation de corps est le droit qu'ont les époux de vivre séparément sans que le lien du mariage soit rompu. Il diffère donc du divorce en ce que le mariage continue à subsister après la séparation ; il n'y a que quelques-uns des effets du mariage qui disparaissent lorsque les époux sont séparés de corps.

69. La séparation de corps ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement de nos tribunaux, et que pour les causes mentionnées dans la loi.

Le consentement mutuel des époux ne peut donner lieu à la séparation (186). La loi considère la séparation de corps

comme un mal ; elle ne le permet que pour en éviter un plus grand. Ce n'est, par conséquent, que dans des circonstances très-graves qu'elle permettra cette séparation.

Il faut aussi ajouter que la séparation de corps entraîne la séparation de biens ; elle produit donc des effets qui peuvent affecter les tiers, particulièrement les créanciers du mari. C'est là une seconde raison pour ne pas la laisser à la libre disposition des conjoints.

70. Quelles sont les causes qui peuvent justifier une demande de cette nature ?

Notre Code Civil est plus précis que l'ancien droit. Il indique trois causes déterminées de séparation de corps :

1o. L'adultère ;

2o. Les excès, sévices et injures graves ;

3o. Le refus du mari de recevoir sa femme, et de lui fournir les choses nécessaires à la vie.

71. Nous devons ajouter une quatrième cause qui entraîne une espèce particulière de séparation de corps, mais que nos codificateurs ne mentionnent pas dans le titre qui fait le sujet de ce travail. C'est la mort civile (1). Lorsque l'un des conjoints est frappé de mort civile, la séparation de corps a lieu de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de prendre une action à cet effet. L'étude de cette séparation particulière forme partie du titre : " De la jouissance et de " la privation des droits civils."

ARTICLE I

Adultère

72. L'adultère est la première cause de séparation de corps entre les époux. C'est la violation de la foi conjugale.

(1) Article 36, §§ 7 et 8 du Code Civil.

Il faut remarquer que lorsque la séparation est demandée pour cause d'adultère, et que ce crime est prouvé, le tribunal n'a pas de discrétion à exercer, dans l'appréciation de la faute, mais doit accorder la demande. L'adultère est une cause péremptoire de séparation. Au contraire, lorsque la demande est fondée sur des excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre, le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la gravité des offenses.

73. Mais, pour que l'adultère soit une cause nécessaire de séparation, il faut que ce soit l'adultère, tel que le définit la loi, et tel que nous allons l'expliquer ci-après.

Il nous faut distinguer entre l'adultère du mari et celui de la femme. La loi ne les traite pas de la même manière. Elle est beaucoup plus sévère pour l'adultère de la femme que pour l'infidélité du mari. En soi, dans le for intérieur, les deux adultères sont également coupables et criminels. Les époux sont liés par le même sacrement et le même contrat. Tous deux ont prononcé les mêmes serments au pied des autels. Tous deux sont donc également coupables s'ils manquent à la foi jurée et se livrent à des amours illicites. Mais cependant, aux yeux de la loi, et dans le for extérieur, l'adultère de la femme est un crime encore plus abominable, parcequ'il porte à l'honneur du mari une bien plus grave atteinte; il dissout le lien domestique ; il met dans la famille des enfants adultérins ; et, dans tous les cas, il fait planer un doute affreux dans l'esprit du mari sur la filiation de ses enfants. " L'adultère de la femme détruit la famille ; l'adultère du " mari afflige seulement le cœur de l'épouse " (1).

---

(1) M. de Bonald.—*Le Divorce au XIXième siècle.*

74. L'adultère de la femme, en quelque lieu qu'il soit commis, est toujours une cause de séparation sans distinguer s'il s'agit d'une faute isolée ou d'une suite de relations criminelles (187).

75. L'adultère du mari, au contraire, ne justifie la femme de demander la séparation, que lorsque le mari tient sa concubine dans la maison commune (188). Ceci demande quelques explications.

La loi se sert du mot concubine. Il ne s'agit donc pas ici, comme dans le cas de la femme, de liaisons passagères. Il ne suffirait pas que le mari se livrât à une débauche continuelle avec différentes femmes. Il faut qu'il y ait une concubine, une maîtresse attitrée ; que la femme légitime ait une rivale qui lui soit préférée.

Le mari doit tenir cette concubine dans la maison commune, c'est-à-dire, qu'il doit l'y entretenir. Il n'est pas nécessaire que ce soit lui, qui l'y ait installée. L'épouse elle-même peut l'avoir fait entrer dans le foyer de la famille à un titre quelconque (1).

Il n'est pas nécessaire qu'elle soit dans la maison à titre de maîtresse ; peu importe que ce soit à titre de servante, de gouvernante ou d'institutrice, pourvu qu'elle y soit entretenue comme concubine.

Il faut qu'il y ait des relations plus ou moins continuées ; c'est en ce sens que je dis que la concubine est entretenue. Peu importe à quelles conditions ; peu importe que le mari se livre à des prodigalités pour entretenir sa concubine, ou que celle-ci ne lui fasse encourir aucunes dépenses. C'est la présence de la maîtresse au foyer conjugal ; c'est la préférence odieuse du mari pour une rivale qui constitue

(1) Contra Marcadé I, 624.

ici l'outrage et non les prodigalités occasionnées par sa mauvaise conduite.

76. DANS LA MAISON COMMUNE, dit l'article 188. C'est la résidence des époux, le lieu où est situé le foyer de la famille et qui sert d'habitation aux conjoints.

Mais que faut-il décider si les époux ont plusieurs résidences? par exemple, un domicile à la ville. et une résidence d'été à la campagne ; le mari entretient sa maîtresse dans la maison où ne se trouve pas son épouse ? Je réponds sans hésiter, que les deux résidences, dans ce cas, sont également la maison commune. L'épouse légitime a le droit d'aller et de venir, d'être reçue comme épouse également à la maison de ville, et à l'habitation des champs. Si le mari tient sa concubine dans l'une de ces résidences, il se trouve sous le coup de la loi, et son épouse justement offensée, a le droit de demander la séparation.

77. Mais les époux habitent une partie de la maison seulement. La concubine est entretenue dans l'autre partie. Si l'habitation ne forme qu'un seul logement, et que le mari n'a divisé sa maison que dans le but de séparer son épouse légitime et sa famille, de sa maîtresse, et d'éviter ainsi les rigueurs de la loi, je dirai que c'est bien là, la maison commune, surtout s'il y a des portes et communications entre les différentes parties de l'habitation. Si la maison forme réellement deux habitations distinctes, que le haut et le bas, par exemple, ont toujours été occupés par des familles différentes, et ont été loués séparément, si la concubine occupe l'un de ces logements et la famille l'autre, je déciderai, au contraire, que la maîtresse n'est pas entretenue dans la maison commune.

Mais, me répondra-t-on, le scandale est tout aussi grand ! Oui, le scandale est peut-être le même. Ces deux femmes

vont peut-être se rencontrer à tout moment, et la maîtresse va abreuver d'outrages sa rivale. Mais ce n'est pas la maison commune. La chose serait tout aussi grave, si la concubine habitait la maison voisine, ou celle en face du foyer conjugal, et l'on ne peut étendre le sens de la loi à tous ces cas. Sans doute, je ne dis pas que la femme n'aura pas droit de se plaindre ; elle pourra poursuivre en ce cas, une séparation pour injures et le tribunal sera juge de la gravité des circonstances (189).

78. Le mari établit et entretient sa maîtresse dans une maison dont il est propriétaire, usufruitier ou locataire, sans que ce soit la résidence des époux ; l'épouse offensée obtiendra-t-elle la séparation de corps péremptoirement en vertu de l'article 188 du code ? Quelques auteurs disent que oui. Les propriétés qui appartiennent au mari, dont il a l'usufruit, ou dont il est locataire, disent-ils, sont communes aux deux époux. Là où le mari a le droit de s'établir, d'aller et de venir, là, la femme use du même privilège ; elle a droit de s'y établir d'y aller et d'y venir. C'est donc la maison commune (1).

Nous ne saurions admettre une semblable prétention. Il nous semble qu'elle n'est pas soutenable en loi. En effet, qu'est-ce que la maison commune ? C'est le domicile et la résidence des époux, mais ce n'est pas, certainement, toute propriété dont le mari peut être propriétaire, locataire ou usufruitier. Si le mari n'a pas fixé sa résidence dans la maison où il a établi sa concubine, on ne peut dire que c'est là la maison commune et que la femme a le droit d'y aller, d'y venir et d'y être reçue. Par conséquent, la femme ne pourra, en ce cas, baser sa demande en séparation sur l'adultère du mari.

---

(1) Mourlon, vol. I, 833.

79. Mais si la femme n'habite pas dans la maison où le mari réside avec sa maîtresse, que faut-il décider ? S'il fallait suivre les lois romaines, il semble qu'en ce cas la femme ne pourrait demander la séparation. “ *Si quis in* “ *ea domo, in qua cum sua conjuge manet, contemnens eam,* “ *cum alia invenietur* ” (1). Remarquez bien l'expression *in qua cum sua conjuge manet*. C'est la maison dans laquelle il demeure avec sa femme. *Contemnens eam*, la méprisant, l'outrageant par le spectacle du triomphe de sa rivale. *Inspiciente uxore*, dit la Novelle 22 (2).

Cependant je ne puis admettre cette solution dans notre droit, nous n'avons pas un texte semblable, notre article dit que la concubine doit être entretenue dans la maison commune (188). Or, qu'est-ce que la maison commune si ce n'est la maison du mari ? La femme non séparée de corps n'a pas d'autre domicile que celui de son mari (83). C'est là, qu'elle est obligée d'habiter. La femme, dit l'article 175, est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Le mari est obligé de la recevoir (191). Cette maison est donc bien légalement la maison des époux.

Si le mari a abandonné sa femme, s'il a établi sa résidence ailleurs avec sa maîtresse, déciderez-vous que cette résidence n'est plus la maison commune, et excuserez-vous le mari d'avoir établi sa concubine à ses côtés dans sa nouvelle résidence, parcequ'il a abandonné son épouse ? Non, sans doute ; c'est là une circonstance qui aggrave la faute du mari. Vous n'excuserez pas plus celui qui a chassé son épouse de sa résidence pour y installer une rivale.

Mais le cas peut paraître plus favorable au mari, lorsque c'est la femme elle-même qui a déserté la maison commune,

---

(1) Novelle 119, cap. IX, § 4.
(2) Cap. XIII.

et qui refuse d'y revenir, et lorsque c'est après cette désertion que le mari finit par prendre une maîtresse et vivre en concubinage avec elle. Cependant, je déciderai encore dans ce cas que la femme a droit à la séparation. Les torts personnels de la femme qui, dans l'espèce ne sont pas égaux à ceux du mari, n'opèrent aucune compensation quelconque. Si donc la femme établit que le mari tient sa concubine dans la maison commune, dans la maison qu'elle a le droit d'habiter avec son mari, et où le mari est tenu de la recevoir, il y a là une cause absolue et péremptoire de séparation, et la femme devra réussir dans son action.

ARTICLE II

Excès, sévices et injures graves

80. "Les époux, dit le Code, peuvent réciproquement " demander la séparation de corps pour excès, sévices et " injures graves de l'un envers l'autre (189)." Aucune de ces expressions, excès, sévices et injures graves ne sont définies dans la loi. L'article 190 nous enseigne que la gravité et suffisance de ces excès, sévices et injures sont laissées à l'arbitrage du tribunal qui en les appréciant doit avoir égard à l'état, à la condition et autres circonstances des parties.

Les excès sont les actes de violence dépassant toute mesure, et qui peuvent mettre en danger la vie de celui qui en est victime.

Les sévices consistent en tous actes de cruauté et de méchanceté qui ne sont pas compris sous le mot d'excès ; tels sont les mauvais traitements, et les assauts et batteries.

Les injures graves peuvent résulter de paroles, d'écrits, d'actes ou de faits. Comme règle générale, on peut dire que tout outrage par lequel l'un des époux porte atteinte

6

à l'honneur de l'autre, en matière grave, et témoigne pour lui de sentiments de haîne et de mépris, est une injure grave.

81. Plusieurs commentateurs du Code Napoléon font ici une distinction entre les excès, d'une part, et les sévices et injures graves de l'autre, comme causes de séparation (1).

Ils enseignent que les excès constituent toujours nécessairement et d'une manière absolue des causes de séparation, tandis que les tribunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu pour apprécier la gravité des sévices et des injures. Nous ne pouvons admettre cette distinction dans notre droit. La raison que donnent les commentateurs du Code Napoléon, est que le mot excès a remplacé dans le code, un article qui, dans le projet, était ainsi conçu :

" L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera
" pour celui-ci une cause de divorce."

" Lors donc que l'existence des excès est reconnue, dit
" Demolombe, le mot l'emporte ; c'est que la mesure est
" comblée, et il est vrai de dire alors, d'une manière abso-
" lue, qu'il y a lieu à séparation " (2). Malgré tout le respect que j'ai pour cet auteur, je ne puis souscrire à cette opinion. Sans doute, si c'est un véritable attentat, commis avec malice préméditée ; surtout, s'il y a raison de croire que l'époux défendeur ne reconnaît pas sa faute et n'en conçoit aucun repentir, le juge prononcera la séparation. Mais je ne vois rien dans la loi française qui donne au juge un pouvoir discrétionnaire en matière de sévices et d'injures, et qui lui enlève ce pouvoir lorsqu'il s'agit d'excès. Le Code Napoléon n'a pas donné au mot *excès* le sens qu'on veut lui prêter il a réuni les trois expressions, *excès, sévices*

(1) Aubry et Rau, V. 177. Demolombe, IV 384.
(2) Demolombe IV, 384.

et *injures graves* dans le même article (1) et n'a établi aucune distinction.

Quant à nous, nous avons un texte formel qui dit que la gravité et suffisance de ces excès, sévices et injures sont laissées à l'arbitrage du tribunal (190). Et lorsque la loi est claire, on ne doit pas mettre le texte de côté pour faire de telles distinctions. Et ne pensez-vous pas que le tribunal serait justifiable de ne pas accorder la séparation sans hésiter, lorsque l'excès n'a été commis que dans un moment de promptitude, sans aucune malice préméditée, lorsque celui qui s'en est rendu coupable avait des griefs sérieux contre son conjoint, lorsqu'il en a manifesté immédiatement un repentir vrai et sincère, un repentir qui ne s'est pas démenti, et qui a été suivi d'une conduite irréprochable ; lorsque l'autre conjoint ne s'est pas amendé ; surtout lorsqu'il s'est écoulé un espace de temps considérable avant que la question soit amenée devant le tribunal ?

Ainsi donc, c'est au tribunal à apprécier, suivant les circonstances de chaque cas, la gravité et la suffisance des excès, sévices et injures pour décider s'il y a lieu à la séparation de corps. La loi, qui n'a pas voulu définir ces expressions, s'est reposée entièrement sur l'expérience et la sagesse des juges pour décider chacun des cas qui leur sont soumis. Et c'est, croyons-nous, une des matières les plus délicates, où quelquefois la moindre circonstance peut prendre une importance capitale et faire pencher la décision du tribunal pour ou contre la séparation.

C'est pour cette raison, qu'il est difficile de donner d'avance des règles pour apprécier les cas qui peuvent se présenter. Cependant nous pensons que le tribunal devra prendre en considération les données suivantes, mais encore

(1) Article 231, Code Napoléon.

une fois, c'est une matière d'appréciation, et en matière aussi délicate, les règles peuvent varier suivant les circonstances de chaque cas.

82. Le juge devra d'abord examiner la gravité de chacun des faits qui lui sont soumis. La loi se sert des expressions excès, sévices et injures graves. Il faut donc qu'il s'agisse de torts considérables de l'un des époux. Le juge devra distinguer ce qui découle seulement d'un mouvement de vivacité de ce qui part d'un cœur haineux et méchant. Car qui est-ce qui n'a pas de ces brusqueries, de ces mouvements d'impatience et de colère ? Quels sont les époux qui peuvent se vanter d'avoir toujours vécu sous un ciel sans nuages ?

83. La seconde question que le juge devra examiner lui fera souvent décider de la première. Le juge devra ici s'enquérir s'il s'agit d'une suite de torts de l'un des époux, à l'égard de l'autre, ou s'il ne s'agit que d'une seule offense. Je ne veux pas dire qu'un seul cas d'excès, de sévices, qu'une seule injure ne suffirait pas pour prononcer la séparation. Tout cela dépend des circonstances. Mais si les torts sont répétés et souvent renouvelés, si, surtout, les sévices sont accompagnés d'injures, n'est-ce pas une preuve que l'époux dont on se plaint a le cœur rempli de haîne pour sa victime, et que la vie en commun n'est guère possible ? Supposons, au contraire, qu'il ne s'agisse que d'un cas isolé de sévices ou d'injures, ne peut-on présumer quelquefois que ce n'est là qu'un mouvement de colère, et que la réconciliation est possible ; qu'il ne faut pas y attacher une trop grande importance, surtout dans certaines classes de la société ?

84. On devra examiner si les faits se sont passés en public, devant de nombreux témoins, ou dans le secret de

la famille. Sans doute, la publicité des injures n'est pas une condition nécessaire, mais on comprend facilement que le nombre et la qualité des témoins de l'injure peuvent augmenter beaucoup sa gravité. On comprend aussi que l'outrage fait en secret diminue quelquefois beaucoup en gravité à cause de cette absence de publicité.

85. Quels ont été les motifs, quelles ont été les causes des torts du défendeur ? " Il doit entrer en considération, " dit Pothier, si c'est à propos de rien, ou pour des motifs " légers que le mari s'est porté à des excès, ou si ce n'est " qu'après que sa femme avait, par des discours outrageants, " poussé sa patience à bout " (1).

Ce n'est pas, bien entendu, que je prétende un instant qu'on doit appliquer, en matière de séparation de corps, la doctrine de la compensation des torts. Cette doctrine est admise en droit canon, mais le droit civil ne la reconnaît pas. Je prétends seulement que cette considération servira au juge pour apprécier exactement la gravité des faits, et voir si les époux, en y mettant chacun du leur, ne pourront pas reconquérir la paix et la tranquillité, sans avoir recours à un remède aussi grave que la séparation.

86. La condition des parties, leurs habitudes et leur position sociale sont encore des circonstances très-importantes que le juge doit examiner avec soin. Pothier nous en donne un exemple frappant. " Un soufflet, dit-il, ou un " coup de poing qu'un homme aura donné à sa femme, qui " pourrait être une cause de séparation entre des personnes " de condition honnête, n'en sera pas une entre des gens " de bas peuple, à moins qu'ils n'aient été souvent réité- " rés " (2). Laurent, avec ses principes égalitaires semble

(1) Pothier VI 509. Demolombe IV 385.
(2) Pothier VI. 509.

rejeter cette distinction, mais l'égalité devant la loi n'introduira jamais le même raffinement de mœurs dans la cabane du bûcheron, et les salons de l'homme d'état (1).

87. Demolombe mentionne encore deux autres circonstances qui n'ont pas la même importance, mais qui cependant méritent d'être considérées. C'est l'âge des époux, et l'existence d'enfants communs, ce lien si fort entre les parents, et " qui, dit-il, est une occasion si douce de rapprochement entre les époux " (2). Cette dernière considération est spécialement mentionnée dans les canons de l'Eglise. Il ne faut, y lit-on, surtout s'il y a des enfants, admettre la séparation que lorsqu'elle est indispensable.

88. Certains cas d'injures demandent quelques remarques.

Et d'abord, nous avons expliqué ci-dessus, avec beaucoup de commentaires, quel adultère du mari peut justifier une demande en séparation en vertu de l'article 188 du code. C'est lorsqu'il tient sa concubine dans la maison commune. Est-ce à dire que jamais la femme ne pourra demander la séparation dans les autres cas d'adultère de son mari ? Restera-t-il impuni celui qui, se fiant sur les expressions de la loi, abreuvera son épouse de honte et de déshonneur en changeant sa maison en un asile de prostitution et de crimes ; celui qui y amènera des prostituées, peut-être à la connaissance de ses enfants et de ses domestiques ; celui qui insultera son épouse dans les rues et sur les places publiques en se promenant avec des filles perdues ? Dans ces cas, et dans une foule d'autres, l'épouse justement offensée ne peut pas baser sa demande en séparation sur l'adultère seul du mari. Mais elle peut alléguer le caractère éminemment injurieux pour elle de la conduite de son mari.

(1) Laurent III 194.
(2) Demolombe IV 385.

Il serait injuste et cruel de lui refuser alors l'action en séparation pour injures graves. Aussi devons-nous établir ici cette distinction : l'adultère du mari, lorsqu'il tient sa concubine dans la maison commune, est toujours une cause de séparation, sans que le tribunal examine le caractère plus ou moins injurieux de cette offense. La loi, d'accord avec le bon sens, suppose qu'il y a toujours de la part du mari une offense des plus graves. Les autres cas d'adultère doivent être examinés par le juge, au point de vue de l'injure qu'ils causent à la femme, par exemple s'ils sont plus ou moins publics et scandaleux ; si la maîtresse du mari se trouve à rencontrer son épouse, etc.

89. Nous devons ajouter aussi que le mari pourra, dans certains cas, obtenir la séparation de corps, sans avoir prouvé l'adultère de sa femme, si, par exemple, celle-ci l'a gravement outragé par des familiarités inconvenantes avec des étrangers. Il y a là une injure dont le tribunal appréciera la gravité.

90. Le reproche mal fondé que l'un des conjoints fait à l'autre du crime d'adultère est une injure grave, surtout si c'est la femme qui est accusée, si l'accusation est publique, et si l'on a précisé les circonstances de personne, de temps et de lieux.

91. Le refus du mari de connaître charnellement sa femme peut-il être une cause de séparation ? Est-ce là une injure grave ? Est-ce un fait outrageant par lequel le défendeur attente à l'honneur et à la considération de sa femme ? Certainement non, à moins que le mari n'ait fait connaître ce refus à des tiers, ou que ce refus témoigne autrement de sentiments de haine, d'aversion et de mépris(1).

---

(1) Dasylva *vs* Plante VIII Q. L. R. 349.

92. Les passions et pratiques honteuses auxquelles se livre le mari ne peuvent être une cause de séparation que lorsqu'il se les permet en présence de sa femme ; ce n'est là, ni un excès, ni des sévices ; ce n'est pas non plus un fait outrageant à l'honneur et à la considération de sa femme. " Elles ne peuvent attaquer que son honneur à lui, " dit M. le juge Casault, et ne détruire et n'atteindre que " la considération dont il peut jouir. Elles ne témoignent " pas non plus de sentiments de haine, d'aversion ou de " mépris pour sa femme." Mais si le défendeur assouvissait son infâme passion, en présence de son épouse, cette conduite, révoltante à sa pudeur et à ses mœurs, serait une injure grave qui témoignerait de ses sentiments de mépris pour sa femme (1).

93. Pothier enseigne que la communication d'une maladie honteuse ne peut servir de fondement à une demande en séparation, " ce mal n'étant plus aujourd'hui un mal " incurable, mais un mal que presque tous les chirurgiens " savent guérir " (2). Ne serait-ce pas là un cas de sévices et un cas d'injure grave ? Si c'est la femme surtout qui a communiqué le mal vénérien à son mari, n'est-ce pas une preuve de son adultère, et une injure des plus graves ? Aussi la Cour Supérieure, siégeant en révision, a-t-elle décidé que la communication d'une maladie vénérienne pouvait entraîner la séparation de corps. " The commu- " nication of venereal disease, dit le juge Mackay en ren- " dant le jugement de la Cour, to plaintiff by defendant is " proved, and that is enough to entitle the plaintiff to a " judgment " (3).

---

(1) Dasylva *vs* Plante VIII Q. L. R. p. 350.

(2) Pothier VI, 514.

(3) Brunet vs. Leroux, V Legal News 41. XXVII L. C. J., 53. Massol, p. 48. Demolombe IV, 389.

94. Supposons le cas où deux époux appartenant à des religions différentes, un catholique et un protestant, conviennent de faire bénir leur mariage successivement par un prêtre catholique, et par un ministre protestant. Le refus du mari de procéder devant le second ministre sera-t-il une injure grave dans le sens de la loi, et donnera-t-il lieu à une demande en séparation ? Je ne le crois pas. Sans doute, il y a là un manquement à des promesses plus ou moins solennelles, à des conventions auxquelles l'épouse tenait fortement. Mais où est l'injure ? Le mariage a été célébré par un ministre qui avait jurisdiction sur une des parties, et la personne trompée ne peut prétendre que son conjoint la force à vivre dans un état qui, à ses yeux, n'est qu'un concubinage, puisque le mariage est également valide au point de vue du droit canon et du droit civil.

95. Un protestant épouse une catholique et convient solennellement que les enfants qui naîtront du mariage seront baptisés et élevés dans la religion catholique. S'il refuse plus tard d'exécuter cette convention, la femme ne pourra pas baser une demande en séparation sur ce refus. Il est bien vrai que le mari manque à sa promesse, mais la femme devait savoir fort bien que son mari ne pouvait ainsi renoncer, par anticipation, à sa puissance paternelle. Ce sera là un grief de la femme, mais ce n'est pas l'injure grave que veut la loi. Le mari ne fait qu'exercer l'autorité que la loi lui confère.

96. Une action en nullité de mariage portée par l'un des époux est-elle une injure grave ? Je suppose l'action non fondée. L'action, en elle-même, n'est certainement pas une cause de séparation, mais la raison alléguée dans l'action pourrait bien être une injure grave, par exemple, si la demande en nullité est fondée sur l'erreur de personne, et

que cette erreur est alléguée de manière à porter une atteinte grave à l'honneur de la partie défenderesse.

97. On a posé le cas suivant: Paul épouse Virginie, et, après le mariage, il s'aperçoit qu'elle était enceinte et désavoue l'enfant. Peut-il aussi demander la séparation? Il ne le peut pour cause d'adultère; le désaveu est la preuve que l'enfant n'a pas été conçu pendant le mariage, et, par conséquent, il n'y a pas adultère. Demolombe enseigne que les tribunaux y pourront voir une injure grave (1). Laurent prétend le contraire. " Il a été jugé, dit ce dernier, " que lorsque la femme est enceinte, lors du mariage, d'un " autre que son futur époux et qu'elle dissimule sa grossesse, il y a lieu à séparation de corps pour injure " grave (2). La réticence de la femme est une infamie, " mais cette conduite infâme est-elle une injure grave dans " le sens de l'article 231? C'est, d'après le texte, l'injure " d'un époux envers l'autre qui est la cause du divorce. " Cela suppose la célébration du mariage. L'esprit de la " loi est aussi évident, il n'y a pas, dans l'espèce, violation " d'un droit conjugal; donc pas de cause de divorce. Vainement dit-on que l'injure accompagne le mariage, et " qu'elle se continue par le silence de l'époux coupable. " Pour qualifier un fait, il faut considérer le moment où il " s'est passé. L'inconduite de la femme est antérieure au " mariage; donc elle n'est pas une injure entre époux " (3).

Quand à nous, nous ne pouvons admettre ce raisonnement; nous appuyons l'arrêt de Bordeaux, et nous nous rangeons de l'avis de Demolombe. L'injure est alors contemporaine du mariage; elle s'est consommée avec la bénédiction du prêtre, et s'est continuée ensuite. Pour qualifier un fait, il faut se placer au moment où il s'est passé, dit

(1) Demolombe IV 392. Duranton II 541.

(2) Arrêt de Bordeaux du 22 mars 1826. Dalloz vo. *Séparation de corps* No 61, 2o.

(3) Laurent III 192.

Laurent. Eh bien, l'injure n'est pas dans le commerce que cette femme a eu avec un autre homme lorsqu'elle était libre encore. L'injure est dans le dol, la réticence et la fourberie de cette femme qui trompe son mari. Ce n'est pas seulement avant son mariage que Virginie trompe Paul d'une manière aussi cruelle, c'est au moment même de la célébration du mariage. Remarquez le bien, c'est au moment où les devoirs de cette femme commencent qu'elle les viole de la manière la plus outrageante en venant apporter à son mari un enfant étranger qui lui est odieux, et dont, à sa honte, il sera obligé de faire le désaveu. Et l'on dit que ce n'est pas une injure, ou qu'elle est antérieure au mariage ! Elle n'est pas antérieure au mariage, car si le mariage n'avait pas eu lieu, il n'y aurait pas d'injure ; c'est bien la preuve que l'injure n'a commencé qu'avec le mariage.

98. Nous n'avons pas besoin de dire qu'il peut se présenter une infinité de cas différents de sévices et d'injures. Ce sera au tribunal à décider, dans chaque cas particulier, si l'injure, si les sévices sont d'une gravité telle que la vie commune n'est plus supportable entre les époux. On en a un exemple dans la cause de Rhéaume et Massie (1).

ARTICLE III

Le refus du mari de recevoir sa femme.

99. Le refus du mari de recevoir sa femme (2) et de lui fournir les choses nécessaires à la vie, suivant son état, sa

(1) Rhéaume *vs*. Massie V, Legal News 298 :
Insanity or madness on the part of the husband are not grounds sufficient to justify a demand on the part of the wife for *séparation de corps*. Villeneuve *vs*. Bédard III, Revue Légale 453, Q. B. 1871.

(2) *Action en séparation de corps* by a wife against her husband. There was no doubt whatever that the wife was expelled by the husband. It appeared that he put her into a boarding house, and lived separately from her. The defendant held blameworthy and separation decreed on the ground of his refusal to receive his wife. Larose *vs* Filiatreault S. C. 1879 Stephens Digest II p. 491 No 65.

condition et ses moyens, est une autre cause pour laquelle la femme peut demander la séparation (191). Ceci est un cas spécial à la femme.

Si c'est la femme qui refuse de venir demeurer avec son mari, il pourra y avoir injure grave. C'est le tribunal qui décidera suivant les circonstances, et il a été jugé, dans une cause de Leriger *vs.* Pinsonneault, que la femme dont l'action en séparation a été renvoyée est tenue de retourner chez son mari, et que la séparation peut être prononcée contre elle si elle persiste à ne pas venir cohabiter avec son mari (1).

Il y a lieu à la séparation, dans le cas de l'article 191, lors même que la femme a d'abord abandonné volontairement le domicile conjugal, pourvu qu'elle veuille bien sincèrement y retourner (2).

Le mari ne peut refuser de recevoir sa femme sans avoir obtenu un jugement en séparation de corps, lors même qu'il aurait des griefs sérieux contre elle (3). Dans ce cas, si sa femme le poursuit et qu'il veuille éviter la condamnation contre lui seul, il doit former une contre-demande en alléguant des griefs qui sont de nature à entraîner la séparation.

Ce refus du mari de recevoir sa femme et de lui fournir les choses nécessaires à la vie peut ne pas avoir un caractère injurieux. Si, par exemple, c'est par avarice que le mari refuse à sa femme les choses nécessaires, le mari souffre peut-être tout autant de sa lésinerie, et cependant la femme peut demander la séparation de corps.

---

(1) Leriger *dit* Laplante *vs.* Pinsonneault VII Legal News 311.

(2) Demolombe IV 388. Massol p. 47 No 7.
Vazeille II 547. Duranton II 555.

(3) Devilleneuve et Carette 1874-I-214.

100. Lorsque la demande est fondée sur le refus du mari de recevoir sa femme ou de lui fournir les choses nécessaires, Pothier enseigne que le juge ne doit pas prononcer immédiatement la sentence, mais qu'il doit d'abord condamner le mari à fournir à son épouse les choses jugées nécessaires. " Ce n'est qu'à défaut par le mari d'exécuter " cette première sentence, dit-il, qu'il prononce la sépara- " tion " (1).

Nous ne saurions admettre cette procédure. Rien dans la loi n'oblige la femme de recourir d'abord à de tels jugements. La femme a le droit d'être reçue chez son mari, et celui-ci a le devoir de lui fournir les choses nécessaires à la vie. Ce sont là des obligations que le mari doit remplir volontairement. Son seul refus de le faire, sans qu'il intervienne de condamnation par les tribunaux, suffit pour servir de fondement à une action en séparation. Mais le mari, dans une action en séparation, peut bien offrir de recevoir sa femme et de lui fournir les choses nécessaires à la vie. Si le tribunal juge que l'offre est suffisante et faite de bonne foi, l'action sera déboutée.

101. Le Code Napoléon mentionne une autre cause de séparation; c'est la condamnation de l'un des époux à une peine infâmante. Chez nous, nous n'avons pas cette cause de séparation.

Cependant, nous avons déjà dit que, d'après l'article 36 du Code Civil, la mort civile produit de plein droit une séparation entre les époux. La mort civile résulte de la condamnation à mort, ou à une peine afflictive perpétuelle. Aussitôt que la mort civile est encourue, le mariage de la personne condamnée est dissout quant à ses effets civils, mais sans que son conjoint puisse se remarier.

(1) Pothier VI 511.

CHAPITRE II

SOMMAIRE

DES FINS DE NON-RECEVOIR

102. L'action en séparation de corps peut être contestée par tous les moyens de défenses ordinaires reconnues en loi. Cependant, il y a certaines fins de non-recevoir spéciales à l'action en séparation de corps qui ont besoin ici de quelques commentaires.

ARTICLE I

La Réconciliation

103. L'article 196 du Code Civil se lit comme suit : " L'action en séparation de corps est éteinte par la récon- " ciliation des époux, survenue soit depuis les faits qui ont " pu autoriser cette action, soit depuis la demande en sépa- " ration." La réconciliation est la meilleure preuve du pardon de l'injure, et, par conséquent, de la renonciation à la demande en séparation.

104. Cette réconciliation peut être expresse, soit qu'elle soit exprimée de vive voix, soit même que l'époux offensé en ait dressé un écrit.

105. La réconciliation peut aussi être tacite, et il faut ajouter que c'est ainsi généralement qu'elle se présente devant les juges. C'est alors aux tribunaux à exercer leur discrétion et à décider si on doit l'inférer des faits prouvés

106. Mais d'abord, pour qu'il y ait réconciliation, il faut volonté de pardonner ; il faut que l'époux ait connu l'offense au moment où ont eu lieu les faits sur lesquels on se base pour prétendre qu'il y a eu réconciliation. On ne peut supposer que l'époux ait renoncé à un droit qu'il ne savait pas avoir.

Mais, une fois la réconciliation prouvée, la fin de non-recevoir existe, même si cette réconciliation n'a été que très-courte. C'est ce qu'enseigne Laurent. " Dès que la " réconciliation a existé, dit-il, l'injure est effacée et l'action " tombe. Mais il appartient aux tribunaux d'apprécier si " la réconciliation est réelle ou apparente. Le mari entre- " tient une concubine dans la maison commune, une récon- " ciliation se fait entre les époux à la condition que la

“ concubine quitte la maison conjugale ; elle l'abandonne “ en apparence, mais elle rentre presque immédiatement. “ Ce n'est pas là, une réconciliation ; c'est le simulacre, a “ dit la Cour de Bruxelles ” (1). Nous nous rangeons de cette opinion, mais le motif qui en est donné ne nous semble pas exact. La réconciliation entre les époux a eu lieu, et l'épouse offensée a renoncé à son action. Elle doit maintenant réussir dans sa demande, non parce que la réconciliation n'en était pas une, mais parce que le mari adultère est retombé dans sa première faute (197).

La réconciliation peut résulter de faits qui se sont passés après que l'époux outragé a pris connaissance des causes donnant lieu à la séparation. L'appréciation de ces faits est une question délicate, laissée à la sage discrétion des tribunaux.

107. Et d'abord, y a-t-il longtemps que les causes de séparation sont connues de l'époux demandeur ? Ce n'est pas au point de vue de la prescription que je pose cette question. C'est simplement pour savoir s'il est à présumer qu'il y a eu réconciliation. S'il y a longtemps que les faits se sont passés, sans qu'aucun nouveau sujet de plainte se présente, et que les époux ont continué à cohabiter ensemble, il y aura là, suivant moi, une renonciation tacite.

108. Je viens de mentionner la cohabitation. Si les époux ont continué à demeurer ensemble le juge devra tenir compte des circonstances. Il devra examiner le degré d'intimité et de paix qui a régné entre les époux, et aussi quel est le demandeur en séparation. Il me semble que la femme est plus craintive et plus dépendante ; le fait qu'elle a continué d'habiter avec son époux jusqu'au moment de l'action peut n'être que l'accomplissement de

(1) Laurent III, 209. Pasicrisie 1848, 2, 32.

son devoir, puisque la première chose qu'elle demande, lorsqu'elle intente son action, est l'autorisation d'ester en justice, et le droit de se retirer, pendant le procès, dans un lieu qu'elle indique. (194).

109. Le fait que la femme est devenue enceinte est considéré généralement par les auteurs comme une preuve de réconciliation, mais cependant, le juge devra encore apprécier ce fait d'après toutes les circonstances qui lui sont soumises.

110. Si le mari, avant d'intenter son action, avait chassé sa femme de chez lui, ou si la femme demanderesse avait quitté d'abord le domicile conjugal, et que dans l'un et l'autre cas, la femme fut revenue, ce retour serait une présomption de réconciliation, à moins que les circonstances qui l'ont environné ne l'expliquent autrement. Le retour de la femme, par exemple, peut n'être que l'accomplissement de son devoir et de ses obligations comme femme mariée et comme mère de famille.

Mais, si elle a été autorisée à résider ailleurs (194), et qu'elle retourne près de son mari, Massol enseigne qu'elle renonce par là à son action, à moins qu'elle n'ait fait des réserves (1). J'aime mieux me ranger de l'opinion de Demolombe qui dit qu'il faut tenir compte des motifs (2). Exigera-t-on, par exemple, que la femme ait fait ses réserves avant de courir au chevet d'un de ses enfants mourant ?

L'intention exprimée par la femme de retourner chez son mari est-elle une renonciation à la demande ? Nous ne le croyons pas, si le mari refuse de recevoir sa femme, car il n'y a pas, en ce cas, accord des volontés des deux époux ; il n'y a pas réconciliation. La femme, au contraire, souffre une nouvelle offense, dans le refus du mari de la recevoir.

(1) Massol, p. 75, No. 9.
(2) Demolombe IV 412.

111. La réconciliation des époux ne met fin à l'action en séparation qu'en autant que l'action est fondée sur des faits antérieurs. Mais si des offenses nouvelles surviennent, l'époux, qui avait renoncé à son droit, peut faire une nouvelle demande et alléguer tant les faits nouveaux que les anciens (197).

On comprend facilement la raison de cette disposition ; l'époux prévaricateur est récidiviste.

On s'est demandé si les faits nouveaux doivent être d'une gravité suffisante pour entraîner la séparation de corps par eux-mêmes. Il faut dire que non. Autrement, la disposition qui permet d'alléguer les anciens faits, n'aurait pas d'utilité pratique. Il n'est pas nécessaire que les faits nouveaux aient par eux-mêmes cette gravité, si leur réunion aux offenses antérieures leur donne un caractère suffisant pour amener la séparation. Il n'est pas même nécessaire que ee soit des faits de même nature ; ainsi les premières offenses peuvent avoir le caractère de sévices, tandis que les secondes seront des injures.

112. Le plaidoyer de réconciliation peut être fait à tout étage de la cause. Il a même été décidé en France, que la chose pouvait être amenée en appel (1). Si la cause est en délibéré, le défendeur peut faire motion pour que le dossier soit mis hors du délibéré et fournir alors son plaidoyer de réconciliation. Nous n'avons aucun doute sur ce point, d'autant plus que la réconciliation peut même faire cesser les effets de la séparation après jugement (217).

Si le défendeur n'avait pas plaidé réconciliation, mais qu'il apparaîtrait par la preuve que les époux se sont réconciliés, le juge devrait renvoyer l'action. Autrement, ce serait permettre une séparation volontaire.

---

(1) Poitiers 18 Février 1825, Sirey 1825-27 II 30.

ARTICLE II

La compensation.

113. La demande en séparation de corps peut-elle être repoussée par un plaidoyer de compensation ; c'est-à-dire, l'époux défendeur peut-il, pour faire renvoyer l'action, alléguer que le demandeur est coupable de faits semblables ou d'offenses qui sont aussi des causes de séparation ? Une femme adultère, par exemple, peut-elle repousser la demande parce que son mari tient une concubine dans la maison commune ?

Les auteurs français ont discuté vivement cette question.

Ceux qui se prononcent en faveur de la compensation, disent que, d'après le Code Pénal français (1), l'adultère de l'un des époux efface l'adultère de l'autre. Le mari adultère ne peut faire prononcer la peine de ce crime contre sa femme. Il ne peut pas, non plus, la poursuivre en séparation, disent-ils, car s'il le faisait, il ferait en même temps condamner sa femme pour adultère en vertu de l'article 308 du Code Napoléon. Cet article porte que la femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère sera condamnée par le même jugement à la réclusion, dans une maison de correction, pendant un espace de temps déterminé.

Puis, après avoir décidé du cas de compensation en matière d'adultère, ces auteurs enseignent qu'il n'y a aucune raison de ne pas appliquer la même solution aux autres cas. Si le juge n'admet pas la compensation, dit-on, il est obligé, dans les cas où elle se présenterait, soit de mentir et de déclarer que les causes de séparation ne sont pas suffisantes, soit, au contraire, de prononcer la séparation en faveur de celui qui l'a demandée le premier. Le

(1) Article 336, Code Pénal.

jugement serait alors le prix d'une véritable course au clocher. Ces deux hypothèses sont également absurdes, disent-ils, et, par conséquent, on doit admettre le plaidoyer de compensation en matière de séparation (1).

Demolombe combat cette opinion, et enseigne qu'il n'y a pas de compensation en matière de séparation. D'après tous les textes, le mari dont la femme est adultère a droit à la séparation ; ce droit existera donc, à moins qu'une disposition formelle ne le lui enlève. Et aucun dispositif de la loi ne comporte cette restriction. La loi pénale ôte au mari adultère le droit de faire punir sa femme coupable ; mais on ne peut en tirer de conséquence en matière civile. En vain réplique-t-on que la femme poursuivie en séparation va être condamnée à l'emprisonnement par le même jugement. Si le tribunal correctionnel ne peut punir la femme adultère parceque le mari tient une concubine chez lui, le tribunal civil ne le fera pas non plus, mais cela ne lui ôtera pas jurisdiction pour prononcer la séparation.

Quant à nous, dans notre droit criminel, il n'y a aucune loi qui fasse une offense punissable du crime d'adultère ; il n'y a, par conséquent, aucun texte qui relève la femme adultère de son châtiment lorsque son mari est également coupable. Le plus fort des arguments en faveur de la compensation n'existe donc pas chez nous.

On doit dire que si les époux sont tous deux adultères, s'ils sont tous deux coupables d'excès, de sévices ou d'injures graves, ils ont droit tous deux de demander la séparation. Les articles du code leur donnent ce droit, et

---

(1) L 13 § 4—§§ ad leg. jul. de adul.
L 39 § sol. mat.
Coquille *Inst. du Douaire* p. 93.
Duranton II 574—Vazeille II 356.
Valette sur Proudhon I 532, note A.
Massol p. 85, No. 13.

aucun texte ne leur enlève cette faculté dans le cas où ils sont également coupables.

On considère, de plus, qu'il est d'intérêt public qu'en certains cas la séparation des époux ait lieu. Est-ce à dire que, lorsque le cas est plus grave, lorsque les deux époux se portent également à des excès et à des outrages, lorsqu'il n'y a plus seulement une cause, mais qu'il y a véritablement deux causes de séparation, cette séparation n'aura pas lieu ? C'est le cas où il est le plus nécessaire de faire cesser la vie commune ; la séparation doit donc avoir lieu, et j'en conclus qu'il n'y a pas de compensation en cette matière (1).

114. Mais l'époux contre qui la séparation est prononcée perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits (211). Par conséquent, si les deux époux sont également coupables, on ne les traiterait pas avec une égale justice en accordant la séparation seulement à celui qui la demande le premier. Aussi prétendons-nous que, comme tous deux ont droit à la séparation, tous deux peuvent la demander ; le second par une demande reconventionnelle, procédure incidente à l'action. Le tribunal, alors, doit prononcer la séparation contre eux deux. D'après les principes et en justice, dans ce cas, la séparation ne doit pas plus profiter à l'un qu'à l'autre des époux (2).

---

(1) In a action of separation for adultery, the defendant cannot plead in bar acts of adultery on the part of the plaintiff. Lefaivre *vs* Belle. IV Legal News 298.

Jugé que dans une action en séparation de corps la réciprocité des torts ne peut être opposée par l'époux défendeur pour demander le renvoi de l'action. Brennan *vs* McAnally XXI L. C. J. 301.

Where husband and wife accuse one another of ill treatment and grave offenses, it is the duty of the Court, in the interest of morality and public order, to pronounce a *séparation de corps*. Brunet *vs.* Leroux. V Legal News 41.

Voir aussi G. *vs.* L. " Montreal Condensed Reports " (2eme Edition) p. 86.

(2) " In an action *en séparation de corps et de biens* by the wife. Held that where " the action was not sustained by proof, it would be dismissed with costs against the " wife and the cross-action of the husband *en séparation de corps* would be maintained " on proof of open and continued adultery and prostitution on the part of the wife, " and the control of the children given to the husband. *Beaucaire vs. Lepage* 12 L. C. R. 81 S. C. 1861."

Il y a cependant des cas où les torts du demandeur peuvent être invoqués par le défendeur, non pas comme fins de non-recevoir proprement dites, mais pour excuser et expliquer la conduite du défendeur. Ainsi on a décidé que les sévices et injures ne pouvaient servir de fondement à une action lorsque l'époux demandeur les avait provoqués par son inconduite (1). On déclare simplement, dans ce cas, que les torts n'ont pas, dans les circonstances, la gravité nécessaire pour entraîner la séparation, mais on ne crée pas une fin de non-recevoir (2).

ARTICLE III

Du cas de l'article 203.

115. La femme, demanderesse en séparation, se retire pendant le procès dans un lieu qui lui est indiqué par l'autorité judiciaire. C'est là qu'elle reçoit la pension alimentaire que son mari lui sert ; c'est là qu'elle est obligée de demeurer pendant l'instance.

L'article 203 porte : " Si la femme laisse le lieu qui lui a " été assigné, sans la permission du tribunal ou du juge, le " mari peut se faire libérer de la pension alimentaire ; il " peut même obtenir le renvoi, sauf à se pourvoir, de l'ac- " tion portée contre lui, si la femme refuse de se conformer " à l'ordre qui lui est donné de retourner au lieu qu'elle a " ainsi quitté sous le délai qui lui est imparti."

C'est là une fin de non-recevoir qui n'éteint pas la cause de l'action. La demande est renvoyée, mais la femme pourra prendre une nouvelle action basée sur les mêmes faits. C'est donc une exception péremptoire en droit temporaire.

116. Remarquez bien les conditions exigées par l'article de notre code. La première punition de la femme qui

(1) Dalloz *vo. Séparation de corps* Nos 466 et 468.
(2) Laurent III, 214.

abandonne le lieu fixé par le tribunal, c'est la privation de la pension alimentaire. Il lui est alors donné un nouvel ordre de retourner au lieu indiqué ; et ce n'est que sur son refus de s'y conformer que la femme peut voir son action renvoyée.

Le tribunal a une discrétion à exercer sur toutes les procédures en vertu de cet article 203. Ce n'est qu'après avoir pris connaissance de toutes les circonstances qu'il privera la femme de sa pension alimentaire, s'il la croit fautive ; il appréciera tous les faits pour voir si elle n'a pas eu raison de quitter le lieu assigné. Si le tribunal croit que le mari a réellement droit de se plaindre de cette infraction à l'ordre du juge, la demanderesse sera déchue de son action.

L'épouse peut avoir quitté le lieu indiqué par le juge pour des motifs très légitimes ; ainsi, si elle se retire dans la maison où sa mère réside, et que celle-ci change de domicile. Dans ce cas elle est certainement très-justifiable de suivre ses parents (1). Il a même été décidé que l'épouse peut changer de résidence pour se procurer un logement plus agréable, sans être déchue de son action. Pourvu que le changement ait été fait de bonne foi ; que la femme n'ait pas voulu se soustraire à la surveillance de son mari, le tribunal ne la déclarera déchue ni de sa pension alimentaire, ni de son action (2).

ARTICLE IV

La prescription.

117. L'action en séparation de corps se prescrit-elle ?

L'article 2233 dit : " La prescription ne court point entre " époux."

(1) Arrêt de la Cour de Cassation de Berlin du 18 mai 1821. Belgique judiciaire XVII 1383.

(2) Arrêt de Bordeaux, 8 août 1867 Dalloz, 1867, 391, No. 7. Laurent III 259.

Certains auteurs, se basant sur l'article du Code Napoléon qui correspond à celui que nous venons de citer, disent que l'action en séparation de corps est imprescriptible ; ils enseignent que cette action n'existe que durant le mariage, et que, pendant ce temps, la prescription ne court pas entre époux. L'époux outragé doit être écouté, disent-ils, à quelque époque qu'il demande la séparation, pourvu qu'il soit démontré par sa conduite qu'il n'a pas renoncé à son droit. " La femme, dit Mourlon, qui quitte la maison com-
" mune où son mari entretient une concubine, peut même
" après trente ans de silence, former sa demande en sépa-
" ration de corps ; elle le peut, parce qu'ayant constam-
" ment protesté par sa conduite contre l'affront que lui a
" fait son mari, l'inaction dans laquelle elle est restée ne
" prouve point qu'elle ait renoncé à son droit (1) ".

118. Touillier enseigne que si les causes de la séparation avaient entièrement cessé depuis une année, et que le silence de l'époux outragé se fut prolongé pendant ce temps, les tribunaux devraient déclarer la demande en séparation non recevable (2).

119. Massol, de son côté, enseigne qu'un époux ne peut se plaindre de l'adultère de son conjoint après trois années et que, par conséquent, il ne peut, après ce délai, fonder sur ce moyen une demande en séparation de corps (3).

120. Nous ne pouvons accepter aucune de ces opinions. Celle de Touillier n'est basée sur aucune disposition de la loi ; celle de Massol s'appuie sur une disposition du code pénal qui ne peut s'appliquer en matière civile, et qui n'existe pas dans le droit canadien.

---

(1) Mourlon I, 846. Demolombe IV, 409.
(2) Touillier II, 762.
(3) Massol, p. 72, No. 8.

Quand à l'opinion de Demolombe et de Mourlon nous devons faire remarquer que ces auteurs se basent sur l'article du code qui décrète que la prescription ne court pas entre époux. Mais cet article suppose que l'action, suspendue pendant le mariage, commence à courir quand le mariage est dissout. Regardez l'endroit où est placé l'article 2233; c'est dans la section qui traite des causes qui suspendent la prescription. Il s'agit donc, dans l'article 2233, de suspension de prescription et non d'imprescriptibilité. Or, cette suspension ne peut s'appliquer à la demande en séparation qui peut exister pendant le mariage, et ne peut pas exister après sa dissolution. Il nous semble qu'il faut appliquer l'article 2242 qui dit que toute action se prescrit par trente ans. Il n'y a aucune loi qui empêche cette disposition de s'appliquer à la séparation de corps.

Nous devons donc dire que l'action en séparation de corps se prescrit par trente ans à compter des faits qui donnent lieu à la demande (1).

(1) Aubry et Rau V, 187. Laurent III, 215. Zachariæ III, 363. Arrêt de Rennes du 28 décembre 1825. Dalloz vo. *Prescription criminelle*, No. 102. Arrêt de Cologne du 21 février 1849. Belgique judiciaire XVII 1383.

CHAPITRE III

SOMMAIRE

ARTICLE I

121. L'action en séparation de corps est essentiellement personnelle aux époux.

122. Peut-elle être continuée par les héritiers du demandeur ?

123. Peut-elle être continuée contre les héritiers du défendeur ?

124. Les créanciers ne peuvent intenter une demande de cette nature au nom de leur débiteur.

125. Le mineur peut-il former la demande en séparation ?

126. *Quid*, du curateur à l'interdit ?

127. Celui qui souffre d'aliénation mentale peut-il intenter l'action en séparation ?

ARTICLE II

128. La Cour Supérieure siégeant dans le district du domicile des époux a seule jurisdiction en cette matière.

ARTICLE III

129. L'action suit, en général, les règles ordinaires de la procédure.

130. Autorisation de la femme.

131. La publicité de l'action n'est pas exigée comme en matière de séparation de biens.

132. Allégués de la déclaration.

133. Règles spéciales à l'action en séparation.

ARTICLE IV

134. La preuve.

135. La preuve par écrit est-elle admise ?

136. Preuve par témoins.

137. Les présomptions sont-elles admises ?

138. La commune renommée.

ARTICLE V

139. Le jugement qui renvoie l'action peut permettre aux époux de vivre séparément pendant un certain délai.

DE L'ACTION EN SÉPARATION DE CORPS

ARTICLE I

Qui peut intenter l'action ?

121. Chacun des époux peut intenter l'action en séparation de corps (187, 188, 189 et 191). Il faut ajouter que c'est là une action essentiellement personnelle et qui n'appartient qu'aux époux seuls. Ainsi, les héritiers de l'un des époux ne peuvent instituer l'action contre le survivant, et le survivant ne peut l'intenter contre les héritiers de l'époux prédécédé. Le droit à la séparation de corps suppose nécessairement l'existence du mariage, et ne peut lui survivre, car comment séparer ceux qui ont cessé d'être unis ?

122. Mais si, après que la demande est formée, l'un des époux meurt pendant le procès, l'action peut-elle être continuée, soit par le survivant, si c'est le défendeur qui est mort, soit par les héritiers du défunt, si le demandeur n'est plus ?

C'est là une question longuement discutée par les auteurs français.

L'action en séparation de corps, disent les uns, n'a pour but principal et essentiel que de faire cesser le vie commune. C'est là ce que le demandeur demande par ses conclusions ; ce n'est qu'accessoirement qu'il conclut à la déchéance des avantages pécuniaires de la partie adverse.

La déchéance n'est qu'un effet de la séparation. Elle a lieu, même de plein droit, sans qu'elle soit demandée : " Pour quelque cause que la séparation ait lieu, dit l'article " 211, l'époux contre lequel elle est admise, perd tous les " avantages que l'autre époux lui avait faits." Ce n'est pas là un droit séparé et distinct que le demandeur peut réclamer ; c'est une suite nécessaire, un contre-coup de la séparation. Or le but, le seul but essentiel de la séparation, est atteint par la mort de l'un d'eux.

Il est vrai que l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude peut être continuée lorsque le donateur ou le donataire meurt pendant l'instance. Mais l'action en séparation ne peut lui être assimilée. Toutes deux sont purement morales dans leurs causes, mais l'action en révocation de donation est purement pécuniaire dans son objet, tandis que la demande en séparation ne touche qu'à des intérêts d'ordre moral aussi bien dans son but, qui est la séparation des époux, que dans sa cause, qui est l'impossibilité d'une vie commune. Et d'ailleurs, si les héritiers du donateur peuvent continuer l'action en révocation instituée par leur auteur, c'est qu'il y a un texte qui leur donne ce droit (814), tandis qu'aucun texte semblable n'existe en faveur de l'héritier de l'époux demandeur en séparation de corps.

Et si c'est la partie défenderesse qui est décédée, croyez-vous que ses héritiers seront en état de se défendre ? Ils ne seront pas capables de discuter les faits qu'on impute à leur auteur, ni de prouver la réconciliation qui peut avoir eu lieu entre les époux (1).

Telles sont les raisons très-sérieuses invoquées par ceux qui prétendent que l'action en séparation de corps ne peut

(1) Demolombe IV 429. Aubry et Rau V 182. Marcadé art. 307, No 5. Massol p. 22 No 4. Laurent III 217. Mourlon I 850.

être continuée par ou contre les héritiers de l'époux prédécédé.

Cependant, nous pensons que l'opinion contraire doit prévaloir dans la jurisprudence canadienne, au moins quant aux héritiers du demandeur.

La séparation de corps n'a pas seulement pour but de faire cesser la vie commune des époux, mais elle a aussi pour objet la déchéance des avantages pécuniaires de l'époux défendeur (208, 209, 211 et 212) ; il n'est pas exact de dire que cette déchéance est une suite nécessaire de la séparation, puisqu'il y a certaines déchéances qui sont laissées à la discrétion du tribunal. Ce second objet de la demande peut encore être atteint par l'action. Il n'y a donc pas de raison de la refuser aux héritiers.

L'action en séparation de corps une fois intentée donne au demandeur un droit de profiter de la déchéance dont son conjoint va être frappé ; ce droit doit former partie de sa succession, comme tous ses autres biens.

L'action en séparation de corps, dans son second objet, est exactement semblable et doit être assimilée à l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude (814). Cette dernière action peut être continuée par les héritiers du donateur. Or, les deux cas sont identiques. Pourquoi la loi ménagerait-elle plutôt l'époux défendeur dans une action en séparation que le donataire ingrat dans une action en révocation de donation ? Tous deux sont indignes des bienfaits qu'ils ont reçus, et la conduite de l'époux ingrat est encore plus blâmable que celle du donataire indigne ? Il est vrai que les héritiers de l'époux outragé n'ont pas le droit de commencer l'action, car, dans ce cas, le silence de l'époux peut bien être considéré comme un pardon, ou du moins, comme un refus

de procéder (1) ; mais si la demande est instituée, ce motif ne peut plus exister.

On nous objecte qu'il n'y a aucun texte qui donne aux héritiers le droit de continuer l'action en séparation. Y a-t-il un texte qui ôte aux héritiers ce droit qui doit passer dans la succession du défunt comme tous ses autres biens (2) ? Et d'ailleurs, nous prétendons qu'il y a une disposition de notre loi qui donne aux héritiers le droit de continuer l'action en séparation de corps.

C'est l'article 1463 du Code Civil. Il se lit comme suit :

" La femme peut être privée de son douaire pour cause " d'adultère ou de désertion."

" Dans l'un comme dans l'autre cas, il faut que le mari " se soit plaint de son vivant, sans qu'il y ait eu depuis " réconciliation ; les héritiers ne peuvent que continuer, " en ces cas, l'action commencée et non abandonnée."

Quelle est cette action mentionnée dans l'article 1463 ? C'est l'action du mari pour faire déchoir la femme de son douaire ; c'est, par conséquent, l'action en séparation de corps. Si vous décidez que l'action en séparation de corps ne passe pas aux héritiers, vous enlevez tout effet à l'article que je viens de citer.

Et ne faut-il pas, dans tous les cas, décider la question des dépens par la preuve des faits allégués dans l'action ? Et ces faits, une fois prouvés, le juge ne devra-t-il pas prononcer la déchéance des avantages pécuniaires de l'époux coupable (211) ? La plupart des auteurs qui soutiennent que l'action en séparation ne peut être continuée par les

---

(1) Gadbois *vs.* Bonnier V, L. C. J. 257.
(2) Delvincourt I, 82.
Duranton II, 1167,
Vazeille II, 585.
Zachariæ III, 360.
Sirey, 1806 II, 430.

héritiers parce que le but essentiel de l'action est accompli par la dissolution du mariage, la plupart de ces auteurs admettent que la question des frais devra être vidée entre les héritiers et le conjoint survivant. Il nous semble que c'est manquer de logique ; si l'action peut être continuée pour les frais, *a fortiori* peut-elle être continuée pour obtenir les déchéances portées aux articles 208, 209 et 211. On nous objecte le scandale d'un procès dans lequel les enfants accusent leur mère d'adultère. Ce n'est là qu'un cas particulier qui se présentera rarement, et qui sera dû à l'inconduite de la mère et non au vice du système que je soutiens.

C'était là notre ancien droit : l'action, une fois instituée, était vidée par les héritiers après la mort de l'époux demandeur. " La femme convaincue d'adultère doit être " privée de son douaire ; et l'accusation commencée et non " abandonnée par son mari, peut être, à même fin, continuée " par ses héritiers après sa mort " (1). Il n'y a rien dans notre code qui rappelle l'ancienne jurisprudence à ce sujet. C'était l'enseignement de M. Crémazie dans son cours de droit civil à l'Université Laval : " Cette action, dit M. " Crémazie, n'est point transmissible aux héritiers, à moins " que le mari ne l'eut commencée, avant son décès ; dans ce " cas, ses héritiers pourraient reprendre l'instance (2) mais " si après l'avoir intentée, le mari s'est désisté de cette action, " ou si, avant de mourir, il a déclaré pardonner à sa femme, " ses héritiers ne seraient pas recevables à reprendre l'ins- " tance (3) ".

123. Mais nous avons supposé, jusqu'à présent, que c'est le demandeur qui est décédé, si c'est la partie défenderesse

(1) Pocquet, règles 30 et 31. Coquille, *Questions* 147 p. 280. DeLacombe *verbo* Séparation I 21 Poulain-Duparc V 281. Merlin *Quest. de droit* III *verbo*. Dot. § 5.
(2) Pothier VI No 525 et 526.
(3) Crémazie. Droit Civil vol. I p. 225. *Manuscrit original.*

qui n'est plus, le demandeur peut-il continuer l'action ? Cette question est très-douteuse. Les auteurs que nous avons cités ci-dessus supposent tous que c'est le demandeur qui est mort, et comme la plupart des raisons que nous avons invoquées ne peuvent s'appliquer dans le cas que nous examinons maintenant, il faut décider que le demandeur en séparation de corps ne peut continuer l'action contre les héritiers de la partie défenderesse.

124. Il est évident que les créanciers ne peuvent exercer le droit que leur débiteur peut avoir de demander la séparation. L'action en séparation est essentiellement personnelle. Ils ne peuvent pas même intervenir à l'action pour la contester.

125. Le mineur peut-il intenter l'action en séparation? Le mineur a été émancipé par le seul fait de son mariage. (314). Dès lors il peut faire tous actes de pure administration (319). Mais il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (322). Aucun texte ne permet au mineur de prendre l'action en séparation de corps sans assistance ni autorisation. Le législateur n'a pas voulu laisser à l'inexpérience et à l'imprudence du jeune âge un acte d'une aussi grande importance pour lui-même, sa famille et la société. Voyez les formalités que la loi exige pour le mariage du mineur. Le mineur, même émancipé, doit, pour se marier, obtenir le consentement de son père et de sa mère, (119, 120 et 122). S'il n'a ni père ni mère, il doit obtenir le consentement de son curateur, lequel est tenu lui-même, pour autoriser le mariage, de prendre l'avis du conseil de famille (122). Si la loi exige ces formalités pour le mariage du mineur émancipé, il faut en conclure que la loi ne lui permet pas

de mettre fin au mariage, en autant que la séparation de corps y met fin, sans recourir aux mêmes formalités ; il lui faut, par conséquent, l'autorisation de son curateur. Tel est notre sentiment.

Mais nous devons ajouter que cette opinion n'est pas conforme à la jurisprudence. Les tribunaux ont exprimé l'idée que les articles 319 et suivants n'ont pas de rapport avec les questions d'état comme celle qui nous occupe. Ces articles ont surtout en vue les actions immobilières. Or, l'action en séparation de corps ne peut aucunement être assimilée à une demande immobilière. La loi n'exige pas, pour l'exercice de cette action individuelle, les formalités prescrites aux mineurs pour l'exercice des actions ayant rapport à la vente ou à l'aliénation d'immeubles. Ce serait méconnaître le vœu de la loi naturelle et civile que de soutenir que l'époux qui cherche à mettre sa personne en sûreté ne peut pénétrer dans le sanctuaire de la justice qu'après avoir trouvé un premier appui dans sa famille. C'est là une pure action personnelle dans laquelle, pour la protection de sa personne, la partie demanderesse implore le bras tutélaire de la justice. La doctrine est fixée en ce sens. (1)

126. Le curateur d'un interdit peut-il intenter l'action en séparation de corps ? Demolombe et Aubry et Rau enseignent que oui. Laurent soutient l'opinion contraire.

‘ Le tuteur (2), s'écrie Demolombe, c'est l'époux lui-même. Les plus hautes considérations morales et la nécessité même lui donnent ce droit. Le tuteur, en effet, doit prendre soin de la personne qui lui est confiée, et il “ est impossible de ne pas venir au secours d'un mal-“ heureux interdit qui ne serait, de la part de son conjoint,

---

(1) Demolombe IV, 445. Carré, *Lois de la procédure*. *Quest.* 2964. Merlin *Repert.* vo. *Séparation de corps*, § 3, No 8. Berriat Saint-Prix, 676, note 5. Favard de Langlade, V, 111. Sirey, 1808, II, 156.

(2) En France, c'est un tuteur qu'on nomme aux interdits.

“ qu'un objet de mépris ou de cruauté.” Puis il ajoute que, dans ce cas, le tuteur devra obtenir l'autorisation du conseil de famille (1).

Nous préférons l'opinion de Laurent. Il n'y a pas d'action plus personnelle que l'action en séparation de corps. La loi ne la donne qu'à regret ; c'est à l'époux lésé seul à voir s'il lui convient de l'intenter. Il peut renoncer à l'action et pardonner. Sa conscience peut s'opposer à la demande. De quel droit un tiers ferait-il, au nom de l'interdit, ce que l'interdit ne voudrait peut-être pas faire ? L'injure s'efface par le pardon. Qui sait si l'interdit n'a pas pardonné ? Il ne s'agit pas ici du soin de la personne de l'interdit. Il s'agit de rompre son mariage, en autant que la séparation de corps le fait. Si l'époux interdit est maltraité par son conjoint les tribunaux correctionnels ne pourront-ils pas rétablir la paix et la tranquillité auprès de l'interdit ? D'ailleurs, le curateur n'est-il pas revêtu de l'autorité suffisante pour protéger la personne qui lui est confiée ? (2).

127. Celui qui souffre d'aliénation mentale, mais qui a des intervalles lucides peut intenter l'action en séparation de corps pendant ces intervalles lucides. Cette question ne présente aucune difficulté lorsque l'époux n'est pas interdit. Mais s'il est interdit, peut-il pendant un intervalle lucide, faire la demande en séparation ? C'est là, l'opinion de Laurent, qui enseigne que l'interdit peut prendre cette action comme il pourrait faire une demande pour être relevé de son interdiction (3). Nous n'adoptons pas cette opinion. Si l'interdit a réellement des intervalles lucides,

---

(1) Demolombe IV, 428.—Aubry et Rau V, 183.—Massol, p. 26, No. 5.—Massé et Vergé I, 253, 254.—Rouen, 26 juillet 1864, De Postes.—Journal du Palais, 1865, p. 236.

(2) Laurent III, 216.

(3) Laurent III 216.

il devra se faire relever de son interdiction, aux fins de procéder à l'action en séparation de corps. Les tribunaux jugeront de l'état de l'interdit avant de lui accorder sa demande.

ARTICLE II

Le tribunal compétent

128. La Cour Supérieure a seule juridiction en matière de séparation de corps (1). L'action doit être instituée dans le district dans lequel les époux ont leur domicile (192). Il faut se rappeler que la femme non séparée de corps n'a pas d'autre domicile que celui de son mari (83). En conséquence, c'est toujours dans le district où le mari a son domicile, que l'action doit être instituée, puisqu'aux yeux de la loi, c'est là celui des époux.

Mais l'action une fois intentée, le tribunal a juridiction, quoique depuis le mari soit allé fixer sa résidence dans un autre district. Si le mari a changé de domicile depuis peu, la femme ne peut plus intenter l'action à l'ancien domicile (2).

Quel est donc le moment où le procès commence ? Est-ce quand la requête pour autorisation est présentée au tribunal, ou lorsque le bref émane ? Il a été décidé, en France, que la requête est le commencement du procès (3), mais nous ne croyons pas que cette opinion prévaudrait dans notre droit. Chez nous, cette requête est si peu le commencement du procès, qu'elle n'a lieu que lorsque c'est la femme qui est demanderesse ; c'est une simple demande d'autorisation pour ester en justice ; c'est une formalité nécessaire, mais ce n'est pas le commencement du procès ; tant que le bref n'est pas émané, il n'y a pas de procès.

---

(1) 28 Code de Procédure Civile.
(2) Dalloz vo. *Séparation de corps* No 229.
(3) Dalloz vo. *Séparation de corps* 91. Laurent III 219.

Cette règle, que l'action doit être intentée dans le district du domicile des époux, est absolue. Le jugement obtenu devant le tribunal d'un district autre que celui des époux, est d'une nullité radicale (1).

Grâce à cette disposition de la loi, le public intéressé à connaître l'état civil de chaque personne, peut prendre connaissance plus facilement de l'action ; les créanciers de l'un ou de l'autre des époux pourront plus facilement sauvegarder leurs intérêts lorsque les conjoints procèderont à la liquidation de leurs droits respectifs.

ARTICLE III

De la procédure

129. L'article 193 du code porte que l'action est intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile, avec cette différence qu'il n'est pas permis aux parties d'en admettre les allégations, dont il doit toujours être fait preuve devant le tribunal.

130. Et d'abord, si c'est la femme qui est demanderesse, elle ne peut intenter l'action sans y être autorisée. Toute femme mariée doit être autorisée pour ester en justice. Il n'y a que la femme séparée de biens qui puisse ester en justice sans autorisation dans les cas où il s'agit de simple administration (176). Or ici, il s'agit d'un acte des plus importants; la séparation de corps est une véritable question d'état.

Par qui la femme devra-t-elle se faire autoriser ? La règle générale est qu'elle doit se faire autoriser par son mari ; ce n'est que sur le refus de celui-ci que le juge donne l'autorisation (176 et 178). Mais il y a exception pour la séparation

(1) Molleur *vs* Dejadon VI. Revue Légale 105.

de corps. La loi n'a pas voulu obliger la femme de demander à son mari l'autorisation de le poursuivre.

Le code dit donc que la femme doit demander directement au juge, ou au tribunal, l'autorisation d'ester en jugement. Cette demande se fait par requête libellée contenant l'allégation des griefs sur lesquels la femme doit baser son action en séparation. Elle conclut aussi à ce qu'il lui soit permis de se retirer pendant le procès dans un lieu qu'elle indique (194). Le Code de Procédure exige que cette requête soit accompagnée d'un affidavit (1).

Il n'est pas nécessaire de faire signifier la requête au mari avant de la présenter au juge, mais celui-ci peut ordonner qu'elle soit signifiée avant d'accorder l'autorisation.

On peut joindre dans la même requête, non seulement la demande pour la femme de se retirer dans un autre lieu que le domicile du mari (194), mais encore celle d'apporter avec elle les hardes et vêtements dont elle a besoin, la demande d'une pension alimentaire (202), la garde de ses enfants (200), et les saisies conservatoires que la loi lui accorde (204). Mais on comprend que le tribunal n'accordera pas toutes ces demandes sans que le mari ait été appelé. Si la femme a réuni toutes ces demandes dans une même requête, elle doit la présenter au tribunal lui-même, et non au juge, car le juge *en chambre* n'a pas jurisdiction pour accorder la pension alimentaire.

Il sera traité ci-dessous de ces différentes demandes sous le titre de *Mesures Provisoires* (2).

Le juge examine la requête ; s'il croit que les griefs allégués ne sont pas suffisants pour entraîner la sépara-

(1) 986, Code de Procédure Civile.
(2) Nos 144 et suivants.

tion de corps, il la rejette immédiatement. La femme doit alléguer ses griefs afin que le juge, avant de permettre l'autorisation, puisse voir si l'action n'est pas prise à la légère, et s'il y a vraiment matière à procès (1). Je dois ajouter que ce n'est pas là, le seul objet de la demande d'autorisation, car autrement, il faudrait conclure que le mari doit aussi se faire autoriser pour intenter l'action en séparation.

131. La loi n'a pas exigé, pour la demande en séparation de corps, la même publicité que pour la séparation de biens. Il y aurait de l'imprudence à faire connaître au public une demande de cette nature. La demande ne sera peut-être pas accordée, et, dans tous les cas, la publicité donnée à l'action serait un obstacle à un rapprochement, à une réconciliation entre les époux (2).

132. La déclaration doit alléguer tous les griefs qu'on entend prouver et peut même invoquer des faits omis dans la requête demandant l'autorisation de poursuivre. Il n'y a aucune déchéance dans cette omission La requête ne devait contenir l'allégation des griefs que pour montrer au juge qu'il y avait matière à procès, et ne liait aucunement la partie à ces seuls griefs.

Bien plus, nous croyons que s'il s'était passé des événements graves depuis l'institution de l'action, et avant que le demandeur eut clos son enquête, la Cour pourrait lui accorder la permission de faire la preuve de ces nouveaux faits. Ces faits peuvent être décisifs, et si on n'en permet pas la preuve, il faudrait formuler une autre demande, et recommencer un autre procès (3).

---

(1) Pigeau II 216.

(2) In an action for *séparation de corps,* notice in the *Official Gazette* and in the public journals is unnecessary notwithstanding that such action entails separation of property. Cour Sup. 1873. *Leclere* vs *Lord,* IV Revue Légale 531.

(3) Demolombe IV 482. Aubry & Rau V 192.

133. L'action est soumise aux règles ordinaires de la procédure. Il y a, cependant, certaines exceptions qui sont dues à ce que les admissions tendant à la séparation ne sont pas permises dans le procès.

Ainsi, les articulations de faits du demandeur et les réponses du défendeur sont omises puisque tous les faits de la demande doivent être prouvés.

On ne peut interroger le défendeur ni sur faits et articles, ni comme témoin, on ne peut, non plus, lui déférer le serment décisoire. Un aveu judiciaire, une admission des faits sur lesquels la demande est basée, une confession de jugement, toutes ces procédures seraient complétement nulles. C'est là une jurisprudence qui semble maintenant bien établie en Canada (1).

En France, les tribunaux n'admettent pas ce principe d'une manière aussi absolue.

Mais les admissions que le demandeur pourrait faire sont parfaitement valides. Elles tendent au renvoi de l'action. Et ce sont les faits qui tendent au maintien de l'action qui ne peuvent être admis, et qui doivent être prouvés. Tout ce que nous avons dit ci-dessus ne s'applique pas au demandeur qui peut être entendu comme témoin par le défendeur pour établir sa défense, et qui peut admettre tout fait, ou faire tout acte qui tend au renvoi de l'action.

ARTICLE IV

La preuve

134. La preuve en matière de séparation se fait comme dans toutes les autres causes. Elle peut être par écrit, par témoins, par présomptions.

---

(1) Smith *vs* Wheeler I Montreal Law Reports Sup. C. 80 et VIII Legal News 2.
Renaud *vs* Trudel.
Massée *vs* Rhéaume.
Allan *vs* Lisson.
Contra Starke *vs* Massey 17 L. C. J. 242.

135. La preuve peut se faire par écrit. Peut-elle se faire par la production de lettres que l'époux défendeur aurait écrit à son conjoint ou même confidentiellement à un tiers? Sur ce point trois questions se présentent. Une injure peut-elle se trouver dans une lettre d'un époux à son conjoint ou à un tiers? Ces lettres peuvent-elles être produites en Cour? Enfin, ces lettres forment-elles une preuve suffisante?

Sur le premier point, nous n'avons aucun doute. La loi n'exige pas que l'injure soit publique. L'injure contenue dans une lettre d'un époux à son conjoint peut être tellement grave qu'elle rende la vie commune insupportable pour l'avenir. Si la lettre est adressée à un tiers, l'outrage n'est-il pas encore plus grand, puisqu'il y a un étranger témoin des propos injurieux entre les deux époux? Il est vrai que, dans l'un et l'autre cas, il faut bien examiner l'*animus* de la lettre. L'injure part-elle d'un esprit haineux et méchant? La lettre est-elle écrite avec fiel et perfidie? Ou bien, est-ce un époux qui ne fait que des reproches graves et sévères à son épouse dans le but d'obtenir réparation? Est-ce un époux qui épanche son cœur auprès d'un ami commun, d'un parent, avec l'espérance que l'intervention de ce dernier rétablira peut-être la paix du ménage déjà si troublée? Ce sont là des faits que le tribunal appréciera. Mais encore une fois, l'injure grave peut exister dans les deux cas.

Ces lettres peuvent-elles être produites comme preuve? Les auteurs français discutent cette question. Quant aux lettres que la partie défenderesse a adressées au demandeur, ils sont d'accord. Ces lettres sont la propriété du demandeur et peuvent être produites en Cour par lui. Mais, à leurs yeux, la question rencontre beaucoup plus de difficultés lorsqu'il s'agit de lettres que le défendeur a

adressées à un tiers. Il y a des décisions qui enseignent qu'elles ne peuvent être reçues en preuve, parce que toute lettre est, par son caractère même, incommunicable et confidentielle (1).

C'est là, l'opinion de Laurent (2) qui dit que Demolombe enseigne seul le contraire.

Cependant nous ne pouvons admettre cette doctrine, non plus que celle qui distingue les lettres marquées *confidentielles*, de celles qui ne le sont pas. On peut prouver par témoins des conversations que le défendeur aurait eues avec des tiers ; il n'y a rien qui empêche qu'on ne puisse prouver ses correspondances, qui ne sont, après tout, que des conversations d'un caractère plus réfléchi, et dont on aurait une preuve plus positive. Quoi ! est-ce lorsque j'ai une preuve plus tangible, plus certaine, que je ne pourrai m'en servir ? Si j'ai obtenu l'écrit adressé à un tiers, je puis le produire ; si la lettre est restée entre les mains de son destinataire, je puis demander à celui-ci de produire la lettre, et sur son refus, je puis au moins le forcer à en faire connaître le contenu (3). Nous croyons donc qu'il faut assimiler les lettres aux conversations, et qu'il n'y a que celles adressées au directeur de conscience ou à l'aviseur légal qui jouissent véritablement de ce caractère privilégié qui les rend incommunicables.

Mais les lettres forment-elles seules une preuve suffisante ? Le juge appréciera suivant toutes les circonstances de la cause. Il devra surtout voir si les prétendues lettres ne sont pas une fraude des époux pour en arriver à une séparation volontaire. Nous avons vu précédemment que

(1) Cass. 4 juin 1821, Sirey, 1822, I, 33. Limoges, 17 juin, 1824, Sirey, 1826, II, 177. Nancy, 11 mars 1869, Devilleneuve et Carette 1869, II, 113.

(2) Laurent III, 202.

(3) Demolombe IV, 394. Dalloz, 1842, I, 329. Devilleneuve et Carette, 1862, I, 698. Devilleneuve et Carette, 1865, I, 33. Massol, p. 42, No. 6.

les faits doivent être prouvés, et ne peuvent être admis en matière de séparation. Ces lettres peuvent être faites collusoirement pour fournir une base à l'action.

136. La preuve peut se faire par témoins, et à cet égard, on suit les règles ordinaires de la preuve (1231 et 1232). Il y a cependant une exception. Le demandeur lui-même peut être interrogé comme témoin sur tout fait tendant au renvoi de la demande, quoique la règle générale est que le mari et la femme ne peuvent être témoins l'un pour ou contre l'autre.

137. On comprend qu'en ces procès les présomptions jouent un rôle très-important. Il est rare, par exemple, de pouvoir prouver directement l'adultère de la femme. " Adultery, dit Bishop, is peculiarly a crime of darkness " and secresy ; parties are rarely surprised in it ; and so " it not only may, but ordinarily must be established by " circumstancial evidence (1)." " Courts of justice, dit " Lord Howell, must not be duped. They will judge " of facts, as other men of discernement, exercising a " sound and sober judgment on circumstances that are " duly proved, judge of them (2)."

Mais il faut que les présomptions soient graves, précises et concordantes (3).

138. La commune renommée n'est pas un mode de preuve admis en notre matière, quoiqu'elle puisse produire un effet important sur la décision du tribunal (4).

---

(1) Bishop *On marriage* § 613.
(2) Bishop *On marriage* § 614.
(3) Laurent III 205. Dalloz vo *Séparation de corps* No 440, 3o et No 258. Voir aussi *Lefaivre vs. Belle*, V Legal News 106.
(4) Demolombe IV 477.

ARTICLE V

Du jugement

139. La cause instruite et plaidée, le tribunal rend jugement.

Ce jugement peut renvoyer l'action et alors le mari est tenu de reprendre sa femme ; celle-ci doit retourner chez son conjoint. Cependant le tribunal peut accorder, par son jugement, un délai pendant lequel les époux continueront à vivre séparément (198). C'est afin que le ressentiment qui existe entre eux puisse avoir le temps de refroidir (1).

Pendant ce délai, les mesures provisoires qui avaient rapport à la garde des enfants, à la pension alimentaire, et à la résidence de la femme continuent à subsister. Mais, dès que l'action est renvoyée, le bref de saisie-gagerie devient nul et de nul effet, et le mari est relevé de l'obligation de gardien judiciaire.

140. Si l'action a été intentée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, même si les faits sont prouvés à la satisfaction du tribunal, la Cour peut ne pas prononcer tout de suite la séparation. Elle peut suspendre le jugement jusqu'à un jour ultérieur, afin de laisser aux époux le temps de s'entendre et de se réconcilier (199). Durant ce délai l'action demeure pendante ; en conséquence, toutes les mesures provisoires restent en vigueur ; les ordonnances du juge touchant la pension alimentaire, la garde des enfants, et les saisies conservatoires continuent d'exister.

141. Si l'action est maintenue et la séparation prononcée, le défendeur peut se pourvoir contre le jugement comme en toute autre cause. Il peut faire, s'il y a lieu, une requête

(1) Pothier VI 521. Pigeau II 204.

pour révision suivant l'article 483 du Code de Procédure. Il peut également présenter une requête civile dans les cas où elle est permise. Enfin, il peut appeler du jugement rendu contre lui.

142. Mais l'époux défendeur contre lequel le jugement a été rendu, peut-il valablement y acquiescer, ou se désister de l'appel qu'il aurait interjeté ? C'est là une question vivement contestée par les auteurs, et il y a des arrêts dans les deux sens.

Ceux qui n'admettent pas la validité d'un tel acquiescement ou d'un tel désistement, disent que la loi défend tout aveu, toute admission tendant à faire prononcer la séparation. C'est là une question d'ordre public ; et les particuliers ne peuvent, par des conventions, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public (13). La loi accorde un certain délai au défendeur pour que celui-ci puisse attaquer la décision rendue contre lui. Or, l'acquiescement et la renonciation à ce délai, n'est-ce pas une admission, un aveu que le jugement est bon ? Le défendeur aurait pu faire renverser ce jugement ; il consent à le tenir pour valable. Et si l'appel est interjeté, la question d'état, la demande en séparation est encore pendante ; la cause toute entière est devant la Cour d'Appel. Or, le désistement dans ce cas, est un véritable aveu. Que dis-je ! cela ne correspond-t-il pas à une confession de jugement ? (1).

Mais nous croyons l'opinion contraire plus juridique. Ceux qui ne reconnaissent pas la validité d'un acquiescement semblent oublier que la cause n'est plus pendante, que le jugement est rendu, et que la séparation est prononcée. Le défendeur peut acquiescer tacitement à ce

---

(1) Touillier II, Nos 698 et 760. Demolombe IV, 488. Dalloz vo. *Acquiescement*, 189. Sirey, 1807, I, 513. Sirey, 1823, I, 88, Dalloz, 1827, II, 95. Sirey, 1829, II, 298.

jugement, en ne recourant pas à l'appel ; pourquoi ne pourrait-il pas y acquiescer d'une manière expresse ? Le défendeur peut ne pas porter sa cause en appel. Nous ne voyons pas pourquoi il ne pourrait se désister d'une procédure qu'il n'est pas obligé de faire ; cet appel peut ne pas être fondé. Et si vous concluez que l'appelant ne peut se désister, comment le forcerez-vous à procéder sur son appel ? La séparation ne peut être volontaire, dites-vous. Mais l'acquiescement formel au jugement, le désistement de l'appel, ne rendent pas plus la séparation volontaire qu'un acquiescement tacite. Dans ces cas, la séparation n'est pas volontaire ; la séparation a lieu en vertu d'un jugement après que toutes les formalités de la loi ont été remplies (1).

143. Le jugement en séparation, aussitôt qu'il est rendu, doit être inscrit sans délai par le protonotaire,sur un tableau tenu à cet effet, et affiché dans le greffe du tribunal qui l'a prononcé.

Mention de l'accomplissement de toutes ces formalités est inscrite à la suite du jugement dans les registres.

La séparation de biens, qui est la suite de la séparation de corps, n'a d'effets vis-à-vis les tiers que du jour où ces formalités ont été remplies. Cela résulte des articles 989 et 978 du Code de Procédure Civile, ainsi que de l'article 1313 du Code Civil.

Aubry et Rau V, 192. Laurent III, 243. Cassation, 11 mai 1853, Dalloz, 1853, I, 158. Sirey, 1838, II, 290. Sirey, 1838, I, 688. Sirey, 1851, II, 35 et 36. Sirey, 1853, I, 574. Sirey, 1854, II, 241. Sirey, 1854, II, 506.

CHAPITRE IV

SOMMAIRE

DES MESURES PROVISOIRES

144. La demande en séparation de corps peut donner lieu à certaines mesures provisoires dont le Code Civil traite dans les articles 200 et suivants. Ces mesures ont

rapport soit à la personne de la femme, soit aux enfants nés du mariage, soit enfin aux biens des époux.

ARTICLE I

Mesures par rapport à la personne de la femme

145. Quant à la personne de la femme les mesures ont trait à sa résidence pendant le procès, et à sa pension alimentaire.

§ 1. *Résidence de la femme*

146. La femme demanderesse en séparation de corps se fait autoriser par le juge à résider, pendant le procès, dans un lieu qu'elle indique, en même temps qu'elle demande l'autorisation d'ester en justice, comme nous l'avons vu précédemment (194).

L'article 201 dit que la femme poursuivie en séparation peut également quitter le domicile de son mari, et résider pendant le procès dans le lieu qui est indiqué ou approuvé par le juge ou le tribunal. Il est évident que, ces deux époux qui sont en guerre ouverte, doivent être séparés pendant l'instance. Aussi la loi permet-elle à la femme de se retirer ailleurs, qu'elle soit poursuivante ou poursuivie. L'épouse présente une requête, au juge ou au tribunal, alléguant l'action prise contre elle, et demandant la permission de quitter le domicile conjugal.

147. Cette résidence de la femme constitue-t-elle un véritable domicile dans le sens de la loi ? Nous ne le pensons pas. Le domicile légal de la femme, pendant l'instance, est toujours chez son mari, quoiqu'elle n'y réside plus. " La " femme non séparée de corps, dit le code, n'a pas d'autre " domicile que celui de son mari (83) ", et, par conséquent, quoiqu'il lui soit permis de se retirer ailleurs pendant le procès, la femme conserve le même domicile légal, celui de son mari.

Les exploits qui lui seraient signifiés, pendant le procès en séparation, peuvent donc lui être laissés chez son mari, pourvu, bien entendu, que la chose fut faite de bonne foi, sans intention frauduleuse, car le domicile du mari est celui de la femme, et les tiers ne sont pas censés connaître l'ordre du juge permettant à la femme de résider ailleurs.

La Cour d'Aix a décidé que le mari lui-même peut faire signifier, à son propre domicile à lui, les exploits et les notifications qu'il destine à sa femme (1). Nous croyons que cette décision n'est pas bien fondée pour trois raisons. D'abord elle est contraire à la justice, à l'équité, à la bonne foi. Il faudrait autant dire que le mari est exempt de faire signifier toute notification ou exploit à sa femme.

La seconde raison, c'est qu'entre le mari et la femme, la résidence autorisée par le juge est le domicile de la femme (2).

Enfin, si l'on n'admet pas cette dernière raison, il faut dire que le demandeur et le défendeur ont le même domicile, et le Code de Procédure exige, en ce cas, que l'assignation soit faite personnellement, à moins d'une permission du juge (3).

148. La loi dit que le juge indique le lieu où la femme devra se retirer pendant le procès. Ce lieu doit-il être dans le même district que le domicile conjugal ? La loi ne le dit pas, et nous croyons que le juge peut, suivant les circonstances, désigner à la femme une résidence en dehors du district, par exemple, lorsqu'elle désire se retirer chez son père et sa mère. Sans doute, il sera utile, et en règle générale, il sera mieux que la femme se retire dans un

(1) Aix, 15 avril 1839, Giraud. Dalloz, 1839, II, 213. Voyez aussi Merlin. *Questions de droit* vo. *mariage*, § 6. Demolombe I 358.

(2) Nîmes, 13 août 1841. Guérin, Dalloz, 1842, II, 94. Demolombe, I, 358.

(3) Article 58, Code de Procédure Civile.

lieu non éloigné du domicile du mari. Mais c'est une question qui est laissée à l'appréciation du juge. Rien dans la loi n'oblige ce dernier à choisir pour la femme une résidence dans le district (1).

149. Les articles 194 et 201 de notre code disent que la femme peut se retirer hors du domicile conjugal. Mais, au contraire, le juge peut-il ordonner que la femme demeure au domicile commun et que le mari soit forcé d'aller habiter ailleurs pendant le procès ? Nous pensons qu'en des cas graves, le juge pourra l'ordonner ainsi. Les textes supposent toujours que c'est la femme qui se retirera ailleurs mais ils ne prohibent pas le contraire. Il peut être d'un grand intérêt et même d'une nécessité urgente que la femme reste au domicile. Elle est gravement malade, blessée sérieusement ; son déplacement pourrait mettre sa vie en danger. Elle peut faire un commerce, exercer une industrie en son nom, au domicile conjugal ; si elle quitte ce domicile, c'est sa ruine, la ruine de ses enfants, et peut-être aussi, celle de son mari. La loi permet que les époux vivent séparément pendant le procès ; la loi n'exige pas que le mari reste à l'ancien domicile (2).

150. La femme doit se conformer à l'ordre du juge qui a fixé sa résidence pendant le procès. Si elle désire changer de demeure pendant l'instance, elle en fera la demande après en avoir donné avis au mari. Mais si elle abandonne le lieu qui lui a été indiqué, sans en avoir été autorisée, l'article 203 dit que le mari peut se faire libérer de la pension alimentaire dont nous allons parler ci-après. " Il peut même, ajoute l'article, obtenir le renvoi,

---

(1) Demolombe IV 456. Laurent III 257. Massol p. 156 No 9. Demante II No 12 bis 1. *Contra* Delvincourt I p. 84 note 4. Sirey 1811, II 435.

(2) Aubry et Rau V 194. Demolombe IV 457. Laurent III 258. Dalloz 1860 II 200. Pasicrisie 1860 II 210. Pasicrisie 1868 II 279.

Contra Dalloz 1849 II 45.

" sauf à se pourvoir, de l'action portée contre lui, si la " femme refuse de se conformer à l'ordre qui lui est donné " de retourner au lieu qu'elle a ainsi quitté, sous le délai " qui lui est imparti." Ce sont là deux dispositions qui apportent une sanction très-sévère à l'obligation de la femme de ne pas quitter la résidence qui lui est assignée. Mais il faut remarquer que le code ne dit pas que le mari a droit de refuser la pension, et d'obtenir le renvoi de l'action portée contre lui. La loi dit seulement qu'il peut en faire la demande. Cela laisse aux tribunaux le droit d'apprécier la conduite de la femme suivant les circonstances, d'examiner les raisons qu'elle a eues de changer de résidence. On doit surtout voir si elle a voulu échapper à la surveillance de son mari et du tribunal. Au reste, nous référons à ce que nous avons dit ci-dessus à ce sujet, aux Nos. 115 et suivant.

§ 2. *Pension alimentaire*

151 La seconde mesure provisoire, par rapport à la personne de la femme, a trait à sa pension alimentaire.

L'article 202 du Code Civil se lit comme suit: " Soit " qu'elle soit poursuivie, ou qu'elle poursuive, la femme " peut demander une pension alimentaire proportionnée à " ses besoins et aux moyens du mari ; le montant en est " fixé par le tribunal, qui ordonne aussi au mari, s'il y a " lieu, de faire remettre à la femme dans l'endroit où elle " s'est retirée, les hardes et linges dont elle a besoin."

L'article correspondant du Code Napoléon dit que le tribunal fixera, *s'il y a lieu*, la provision alimentaire que le mari sera obligé de payer à sa femme (1). Est-ce à dire que chez nous le tribunal accordera à la femme une pension alimentaire dans tous les cas, tandis qu'en France, il ne le

(1) Code Napoléon, article 268.

fera que si les circonstances l'exigent ? Non certes ; il faut appliquer ici les règles ordinaires qui régissent l'obligation alimentaire. Le tribunal ne doit accorder de pension alimentaire à la femme qu'en autant qu'elle en aura besoin. Pour en fixer le montant, il doit prendre en considération les moyens du mari et les besoins de la femme.

Le cas le plus ordinaire est celui de la femme commune en biens; celle-ci n'a pas la jouissance de ses propres dont la communauté a l'usufruit. Elle n'a, par conséquent, aucun revenu, et le tribunal doit lui accorder une pension pour qu'elle puisse subvenir à ses besoins et aux frais du procès.

Mais si la femme est séparée de biens et si elle a des revenus suffisants, il ne lui sera pas dû de pension alimentaire. L'obligation alimentaire n'existe pas pour celui qui n'en a pas besoin.

La pension alimentaire peut être demandée à tout étage de la procédure. Dès que le besoin s'en fait sentir pour la femme, et que le mari est en état de payer, l'obligation prend naissance. Si la position financière des parties change, la pension peut être augmentée, diminuée ou même retranchée, par exemple, dans le cas où la femme acquiert des revenus suffisants pendant le procès.

Cette pension consiste en une somme suffisante pour la nourriture et l'entretien. On doit y ajouter aussi ce qui est nécessaire pour soutenir le procès. La femme peut se faire remettre les hardes et vêtements dont elle a besoin (202). Si elle continue à résider au domicile conjugal, elle n'aura droit à une pension alimentaire qu'en autant qu'elle n'y trouvera pas les choses qui lui sont nécessaires.

Nous avons vu, ci-dessus, que la femme qui abandonne sans autorisation la résidence qui lui a été assignée, peut être déchue de sa pension alimentaire.

L'article du code dit que la pension est fixée par le tribunal. On ne doit pas, par conséquent, s'adresser à un juge *en chambre*

Le code ne parle que de la femme. Si le mari est dans le besoin, et que son épouse a des revenus considérables, celle-ci pourra-t-elle être contrainte à fournir à son mari une pension alimentaire? La jurisprudence est dans ce sens. La loi ne parle que du cas qui se présente ordinairement, et n'exclut pas celui que nous examinons maintenant.

ARTICLE II

Des Enfants

152. L'article 200 dit que les enfants resteront confiés à la garde du mari demandeur ou défendeur en séparation, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal ou le juge pour le plus grand avantage des enfants

Le mari, pendant le procès, continue à exercer la puissance paternelle. Il ne convient pas, par conséquent, de lui enlever la garde de ses enfants sans de graves raisons. C'est à lui qu'est confiée la personne de ses enfants.

153. Mais le tribunal ou le juge peuvent en ordonner autrement. Qui peut demander cette ordonnance? Le code ne le dit pas. Les auteurs français enseignent que le père, la mère, le conseil de famille et le ministère public le peuvent. Mais ils se basent sur une disposition expresse du Code Napoléon. Quoique notre loi ne le dise pas formellement, nous croyons que non seulement la mère, mais encore un parent, surtout un ascendant, serait admis à faire une semblable demande. Ce que la loi désire ici, c'est le plus grand avantage des enfants. Le texte même le dit, et le juge ne devra pas rejeter une suggestion avantageuse aux enfants parce qu'elle ne vient ni du père, ni de la mère.

Le juge et le tribunal ont tous deux juridiction ici. Notre article 200 le dit formellement. Les discussions des commentateurs du Code Napoléon, sur ce sujet, n'ont donc pas d'application chez nous.

Les décisions relatives à la garde des enfants peuvent être modifiées ou changées pendant le cours du procès, suivant que l'exige l'avantage des enfants (1).

Si le tribunal enlève au père la garde de ses enfants, il peut confier ceux-ci à une tierce personne. Le code ne dit pas qu'ils seront confiés à la mère à défaut du père. Le juge appréciera donc les circonstances et devra statuer comme nous l'avons dit, pour le plus grand bien des enfants.

Quelles seront les circonstances qui justifieront le tribunal d'enlever au père la garde de ses enfants ? Ce sont des questions laissées à la sagesse des tribunaux. Nous citons deux cas à titre d'exemples. Le mari tient une concubine au domicile conjugal. Evidemment, dans ce cas, le tribunal ne lui laissera pas la garde d'une jeune fille qui ne pourrait apprendre chez son père que des leçons de vice. Mais la mère est de mœurs légères et serait également un objet de scandale pour son enfant. N'est-ce pas un cas où le juge doive confier l'éducation de l'enfant à une tierce personne, ordonner qu'elle soit mise dans un pensionnat, ou confiée à une parente âgée ? Les époux ont des enfants en bas âge, qui ne peuvent se passer des soins maternels. Le juge les confiera à la mère.

154. Comment exécuter les jugements ayant rapport à la garde des enfants ? Les époux peuvent y mettre des entraves sérieuses. Laurent (2), après avoir dit que l'huissier chargé d'exécuter l'ordre du tribunal peut se

---

(1) Demolombe IV 453. Laurent III 255.
(2) Laurent III 256.

faire aider de la force publique, mentionne deux autres moyens qui ont été consacrés par la jurisprudence. Le premier, c'est la saisie des revenus de l'époux récalcitrant (1). Le second, est la condamnation à des dommages-intérêts pour chaque jour de retard (2). Puis il démontre que ces deux modes ne sont pas fondés en loi. Nous ne saurions les admettre non plus. Aucun texte ne permet la saisie des revenus en ce cas, et comme il s'agit uniquement de l'avantage des enfants, il n'y a pas de dommages causés à celui à qui ils doivent être confiés. Nous croyons que l'époux récalcitrant pourrait être puni pour mépris de cour en vertu de l'article 2273 du Code Civil.

Si ce sont les enfants eux-mêmes qui ne veulent pas se soumettre, il faut se rappeler que la personne à qui ils sont confiés est revêtue d'une espèce de démembrement de la puissance paternelle et qu'elle a les pouvoirs nécessaires pour l'exercice de son autorité.

ARTICLE III

Mesures conservatoires

155. Nous venons de voir, dans la section précédente, que pendant l'instance en séparation, le mari conservait la puissance paternelle ; nous devons ajouter ici qu'il continue pendant le procès a être le chef et le maître de la communauté. Comme tel, il pourrait dissiper les biens communs dans le but de se venger de sa femme, si la loi n'avait pas permis à celle-ci de prendre des mesures pour se protéger contre les fraudes de son époux.

Dès qu'elle a obtenu le droit de se retirer hors du foyer conjugal, la femme, qu'elle soit poursuivante ou poursuivie,

---

(1) Arrêt de Colmar 183. Dalloz vo. *Mariage* No 761.

(2) Arrêt de la Cour de Cassation du 4 avril 1865 et du 8 novembre 1861. Dalloz 1865 I 387-1865 I 390.

peut obtenir du tribunal, ou du juge, permission de faire saisir-gager les effets mobiliers de la communauté pour la conservation de la part qu'elle aura droit d'y prétendre au cas de partage (204). Sur cette saisie, le mari doit être nommé gardien ; ce qui le rend contraignable par corps s'il ne peut présenter les choses saisies ou leur valeur lorsqu'il en est requis.

On nomme le mari gardien, qu'il soit solvable ou non, car ce serait le traiter avec trop de sévérité que de l'empêcher de posséder les biens de la communauté dont il est le chef et le maître.

L'article correspondant du Code Napoléon donne à la femme le droit de requérir l'apposition des scellés que le mari peut faire lever en faisant inventaire avec prisée des effets. J'aime mieux la disposition de notre code qui traite le mari avec plus de justice tout en donnant à la femme un mode aussi certain pour conserver ses droits.

La loi ne distingue pas entre la femme demanderesse ou défenderesse en séparation. L'une et l'autre ont également le droit de demander cette saisie conservatoire, car dans l'un et l'autre cas, il peut y avoir danger que le mari fasse disparaitre les effets de la communauté pour se venger de sa femme. C'était là un point qui avait divisé les codificateurs. M. le commissaire Day fit au sujet de l'article 204 un rapport spécial, dans lequel il déclarait que la femme a, sans difficulté, le droit de saisir-gager lorsqu'elle est demanderesse, mais qu'à son avis, elle ne l'a pas, lorsqu'elle est défenderesse (1).

L'opinion de M. Day n'a pas prévalu car le mari demandeur peut fort bien, par vengeance, vouloir frauder son épouse en dissipant le mobilier de la communauté.

(1) Rapport des Codificateurs 1865. I. 238.

156. L'article 204 suppose les époux communs en biens ; ce qui est le cas le plus ordinaire. Mais s'ils sont séparés de biens, la femme, à moins de conventions contraires, a la libre administration de ses biens (1422). Le mari n'a ni la possession, ni l'administration des propriétés de son épouse. Par conséquent, la femme, en ce cas, n'a besoin d'aucune saisie conservatoire. Si le mari avait, d'après le contrat de mariage, l'administration des biens de sa femme, ou encore s'il s'en était emparés, la femme pourrait les saisir revendiquer pendant l'instance en séparation.

Quant aux biens personnels du mari elle ne peut en effectuer la saisie.

157. Les auteurs français discutent la question de savoir si la femme a besoin d'une autorisation spéciale pour pratiquer les saisies conservatoires. Massol et Laurent enseignent que non (1). Chez nous, l'opinion contraire ne fait pas de doute. L'article 987 du Code de Procédure le dit expressément : " Si la femme juge à propos de demander " la saisie-gagerie des biens meubles de la communauté " elle doit y être autorisée également par le juge."

158 La femme trouvera dans cette saisie un double avantage. Le procès-verbal de l'huissier lui vaudra un inventaire désignant les biens mobiliers de la communauté. Son mari, devenu gardien judiciaire, sera forcé de présenter les effets saisis ou leur valeur, sous peine d'emprisonnement.

Mais a-t-il l'alternative de présenter les effets ou leur valeur ? En d'autres mots, peut-il, après la saisie-gagerie, aliéner des objets formant partie du mobilier de la communauté, sauf à rendre compte de leur valeur, si la communauté est dissoute et si le partage s'effectue ? Cette question est controversée.

---

(1) Massol p. 163 no. 14. Laurent III 266.

“ Il a été bien jugé, à notre avis, dit Laurent, que l'ar-
“ ticle 270 (1) n'entendait pas donner au mari une alter-
“ native, en ce sens qu'il aurait la faculté de conserver le
“ mobilier ou d'en payer la valeur. La loi ne s'exprime pas
“ ainsi. Elle commence par imposer au mari l'obligation
“ de représenter les choses inventoriées, ce qui implique
“ la défense d'en disposer. Puis, au cas où il ne les repré-
“ sentera pas, elle le déclare responsable comme gardien
“ judiciaire, ce qui est une vraie pénalité, puisque le gardien
“ judiciaire est contraignable par corps. Une peine ne
“ constitue pas une alternative. L'esprit de la loi ne laisse
“ aucun doute. Elle veut donner à la femme une garantie ;
“ or, si le mari peut disposer des effets inventoriés, où sera
“ la garantie ? (2).

C'est là l'opinion la plus généralement admise.

Mais c'est, dit-on, porter une atteinte à l'autorité maritale ? Il faut répondre que cette autorité est contestée dans l'action en séparation et que, c'est justement là le but de la saisie-gagerie de porter atteinte à l'autorité du mari. Il nous semble contraire à l'idée même de saisie que les objets saisis puissent être aliénés. Mais le mari est le maître et le chef de la communauté, me réplique-t-on ? Sans doute, mais il est aussi gardien judiciaire, et comme tel, il ne peut aliéner le dépôt qui lui est confié. Si l'on veut me répondre que le mari n'est pas un gardien judiciaire ordinaire, je pourrai répliquer que cela ne l'empêche pas d'avoir l'obligation, essentielle à tout gardien, de représenter les choses dont il a la garde.

Nous pensons cependant que dans un cas de nécessité ou d'intérêt évident, le mari pourrait s'adresser au tribunal et obtenir la permission de vendre. Il y a peut être des

(1) L'article 270 du Code Napoléon correspond à l'article 204 de notre Code Civil.
(2) Laurent III 265. Massol p. 171 No 20. Demolombe IV 464. Duranton II 613.

effets qu'il est dans l'intérêt de la communauté d'aliéner, des effets qui ne pourront se conserver sans diminution de valeur et le mari ne devra pas les laisser périr. Nous devons donc faire une exception pour les meubles qui ne peuvent se conserver sans perte.

Il est vrai que le mari peut aliéner les immeubles de la communauté, et ne peut aliéner les meubles. Si c'est là une contradiction, il faut en blâmer le législateur, et non celui qui interprète la loi.

159. La femme peut-elle demander le séquestre des biens de la communauté ? peut-elle demander que les deniers communs soient déposés en cour, ou entre les mains d'un fideicommissaire ?

C'est là ce qu'enseignent Massol et Demolombe. Mourlon et Aubry et Rau sont d'opinion que le tribunal pourra ordonner le dépôt à la caisse des consignations du numéraire de la communauté (1). Il y a aussi plusieurs arrêts en ce sens dans la jurisprudence française. Mais ces auteurs assimilent la séparation de corps avec la séparation de biens, et invoquent l'article 869 du Code de Procédure français qui permet, en général, de recourir à des actes conservatoires quand il s'agit de la séparation de biens.

Nous préférons l'opinion de Laurent (2). Le séquestre judiciaire ne peut avoir lieu que dans les cas déterminés par la loi. Les articles 1823 et 1824 du Code Civil qui indiquent les cas de séquestre judiciaire ne comprennent pas celui de la femme pendant l'instance en séparation. Il ne peut donc être question pour la femme de séquestrer les biens de la communauté. Et d'ailleurs, ce serait là priver le mari de l'administration des biens de la commu-

---

(1) Massol pp. 164 et suivantes. Nos 16 et 17. Demolombe IV 465 Mourlon I 852. Aubry et Rau V 196.

(2) Laurent III, 268.

nauté, et il n'appartient pas aux tribunaux de restreindre les droits du mari autrement que de la manière mentionnée dans notre code (1). Nous croyons donc que la jurisprudence belge à ce sujet devrait être suivie par nos tribunaux (2).

160. La loi ne permet pas à la femme de saisir les immeubles. Elle n'enlève pas au mari l'administration de la communauté. En conséquence, le mari peut engager la communauté par ses actes; il peut même disposer des immeubles communs. Aussi, l'article 205 du Code Civil donne à la femme le privilège d'attaquer toute obligation de la communauté contractée par le mari, ou toute aliénation d'immeubles faite après l'ordonnance mentionnée aux articles 194 et 201 lorsque ces actes ont été faits en fraude des droits de la femme. C'est le principe de l'action paulienne qu'on applique à l'épouse.

Pour qu'il y ait fraude, il faut deux conditions, l'*animus* et l'*eventus*. Il faut de la part du mari une intention de nuire ; il faut appauvrissement de la communauté. Si le mari a fait de son mieux, la femme ne pourra pas demander l'annulation de l'acte dont elle se plaint, quoique cet acte lui cause du dommage, car il y a là une condition qui fait défaut ; il n'y a pas d'intention frauduleuse. Et, s'il est prouvé que le mari a agi avec mauvaise foi, avec une intention de nuire, la femme ne pourra pas non plus attaquer l'acte, si elle ne peut prouver que cet acte préjudicie à ses droits.

Il faut examiner aussi si l'acte est à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans le premier cas, l'acte pourra être attaqué contre les tiers sans qu'il soit prouvé qu'ils aient été complices de la fraude du mari (1034). Mais si l'acte

---

(1) 204 et 205 Code Civil.
(2) Pasicrisie, 1832, 180. Pasicrisie, 1847, 345.

est à titre onéreux, il faudra prouver que les tiers agissaient de mauvaise foi et étaient complices du mari. Massol enseigne que les tiers seront présumés de mauvaise foi s'ils ont eu connaissance de l'action en séparation (1). C'est là un principe trop absolu. La connaissance de la demande en séparation peut être un indice de mauvaise foi, mais ce n'est pas là une preuve certaine, car le mari continue à administrer la communauté pendant l'instance, et peut en aliéner les immeubles, pourvu que ce ne soit pas fait frauduleusement.

Pour que la femme puisse attaquer les tiers, il faut que le mari soit insolvable, et incapable de satisfaire, sur ses biens, aux droits de sa femme.

161. Le mari peut-il user des mesures provisoires que nous venons d'examiner? Le code suppose toujours que c'est la femme qui requiert les mesures provisoires. Il prévoit le cas le plus ordinaire mais il ne décide pas que le mari n'a pas les mêmes droits.

1o Nous pensons donc que si la femme ne demande pas à se retirer ailleurs pendant le procès, le mari lui-même pourrait obtenir un ordre du tribunal pour qu'elle quitte le foyer conjugal. On comprend que le tribunal décidera suivant les circonstances. Voici, par exemple, un mari âgé, infirme, objet de la haine, des mauvais traitements d'une femme méchante; le tribunal ne pourrait-il pas la forcer à se retirer hors de la maison commune pendant le procès? (2)

2o L'obligation alimentaire existe pour la femme comme pour le mari. Si c'est l'épouse qui est en position de payer pension, si c'est le mari qui n'a pas de revenus, ce dernier

---

(1) Massol p. 178 No 24.

(2) Demolombe IV 467. Duranton II 597, note 1. Vazeille II 570. Aubry et Rau V p. 197. Mourlon I 852. Sirey 1841 II 569.

pourra forcer sa femme à lui fournir une pension alimentaire. C'est là le droit commun; c'est une des obligations qui naissent du mariage (1).

3o Enfin, dans le cas où une partie du mobilier resterait entre les mains de la femme, le mari pourrait-il se prévaloir de l'article 204 de notre code, et pratiquer une saisie-gagerie ?

Des opinions très-respectables l'enseignent (2) mais il nous semble contraire aux principes du droit que le mari qui est administrateur et maître de la communauté, ait un droit de gage sur les biens de la communauté, et puisse pratiquer la saisie-gagerie indiquée en l'article 204. Nous préferons l'opinion de Laurent "Le propriétaire saisit sa chose où il la " trouve, dit-il, par une action en revendication; or le mari est " propriétaire du mobilier de la communauté. Cela décide " la question. Le mari n'a pas besoin de se prévaloir de " l'article 270 ; il agit comme maître et seigneur " (3).

Si le tribunal a ordonné que la femme aurait l'usage d'une partie du mobilier, ce qui arrive lorsqu'on lui laisse l'usage du domicile conjugal pendant l'instance, le tribunal pourra, en même temps, ordonner qu'un inventaire de ce qui lui est laissé, soit fait pour la garantie du mari.

---

(1) Massol p. 160 No 12. Demolombe IV 468. Mourlon I 852. Aubry et Rau V p. 197.

(2) Demolombe IV 469 et 470. Massol p. 170 No 19 Vazeille II 573. Aubry et Rau V p. 198.

(3) Laurent III 269.

CHAPITRE V

SOMMAIRE

162. Principe général et division.

ARTICLE I

163. La femme a le droit de se choisir un domicile où elle veut.

164. Les époux sont encore tenus au serment de fidélité.

165. Ils se doivent secours mutuel.

166. Les époux se doivent-ils assistance ?

167. La présomption de paternité existe-t-elle entre époux séparés de corps ?

168. L'autorisation maritale.

169. *Quid*, des conventions entre époux après la séparation ?

170. Prescription entre époux.

171. La succession irrégulière de l'époux survivant.

ARTICLE II

172. A qui sont confiés les enfants des époux séparés de corps ?

173. L'exercice de la puissance paternelle peut être modifié, mais non la puissance paternelle elle-même.

174. Les intérêts pécuniaires des enfants ne doivent pas être affectés par le jugement en séparation de corps.

ARTICLE III

175. La séparation de corps emporte séparation de biens.

176. Le jugement remonte-t-il au jour de la demande quant à ses effets entre les époux ?

177. La demande en séparation de biens peut être jointe à la demande en séparation de corps.

178. Le mari est obligé de faire inventaire.

179. La femme a le droit de demander le partage de la communauté.

180. Déchéances.

181. Déchéances spéciales à la femme. La femme peut-elle être déchue de sa part dans la communauté ?

182. La femme peut-elle être déchue de son douaire ?

183. Ces déchéances sont laissées à la discrétion du tribunal.

à l'appui de l'opinion contraire, ne dit pas que la femme n'a pas le droit de se choisir ce domicile. Il dit simplement que " le mari serait fondé à réclamer ; il soutiendrait avec " raison, que la femme n'a pas le droit d'emmener les enfants " et de les soustraire à la tendresse paternelle (1)."

Le tribunal pourra-t-il fixer le domicile de la femme en même temps qu'il prononce la séparation ? Aucun texte ne lui donne ce pouvoir ; au contraire, l'article 207 du Code Civil donne expressément à la femme le droit d'établir où elle veut un domicile autre que celui de son mari.

Mais la femme séparée de corps, pour cause de son adultère, va s'établir publiquement chez son séducteur, dans la même ville, au grand scandale de toute la population, à la honte du mari, au déshonneur de ses enfants. Quel sera le remède ? Le mari ne pourra pas forcer la femme à choisir un autre domicile, car elle est parfaitement libre sous ce rapport. La loi dit qu'elle s'établira où elle veut. La femme est coupable d'adultère, mais notre droit criminel ne punit pas cette offense, et le tribunal civil a déjà prononcé la séparation avec les déchéances qui en sont la suite. Il a été décidé, en ce cas, que le mari peut faire condamner sa femme et son complice conjointement et solidairement à lui payer des dommages-intérêts (2). C'est exactement l'ancienne action *for criminal conversation* admise dans le droit anglais. Laurent (3), tout en applaudissant à la moralité de la décision, prétend qu'elle n'est pas juridique parce que le dommage qui résulte de l'exercice d'un droit ne constitue pas un délit (1053). Nous pensons que ce n'est pas le fait d'avoir choisi un domicile qui constitue le dommage, mais celui de vivre publique-

---

(1) Massol p. 196 No 8.
(2) Dalloz 1864 II 174.
(3) Laurent III 345.

ment en adultère qui est certainement un délit très-grave, quoiqu'il ne soit pas puni en vertu de nos lois criminelles.

§ 2. *Fidélité*

164. Comme le lien du mariage n'est pas dissout, les époux se doivent encore fidélité après la séparation (173). Nous venons de voir une application de ce principe. C'est là un des devoirs essentiels à la qualité d'époux, et qui continue à exister tant que les deux conjoints sont vivants.

§ 3. *Secours*

165. Les époux continuent aussi à se devoir des secours. " Si l'un des époux séparés de corps, dit l'article 213, n'a " pas de biens suffisants pour sa subsistance, il peut faire " condamner l'autre à lui payer une pension alimentaire, " qui est réglée par le tribunal d'après l'état, les facultés et " autres circonstances des parties."

Ce n'est là d'ailleurs, que le principe de droit commun. Le lien du mariage subsiste ; les qualités d'époux et d'épouse continuent à exister : le mari et la femme se doivent des aliments en vertu de l'article 173 comme en vertu de l'article 213. On ne distingue pas entre celui qui a obtenu la séparation et celui contre qui elle est prononcée. Les auteurs enseignent seulement que le tribunal se montrera plus favorable à celui qui a obtenu la séparation qu'à l'époux coupable, dans la détermination du montant de la pension alimentaire.

Il faut appliquer ici toutes les règles qui affectent la pension alimentaire. Ainsi, le tribunal après avoir accordé une pension à l'un des époux aux dépens de l'autre pourra modifier sa décision en augmentant, diminuant, ou même retranchant complètement la pension, suivant les circonstances. Il faudra voir s'il y a réellement besoin, et si celui

qui réclame des aliments ne peut pourvoir à ce qu'il lui faut par son travail et son industrie (1).

§ 4. *Assistance*

166. Les époux séparés de corps se doivent-ils encore cette assistance personnelle dont il est question dans l'article 173? C'est là un point qui divise les auteurs. Demante et Mourlon enseignent que oui (2). Zachariæ et Laurent se prononcent pour la négative. Nous croyons que les époux séparés de corps ne sont plus tenus de se rendre ces soins personnels que la loi comprend sous le mot d'assistance. Si les époux ont le droit de vivre séparément, nous ne voyons pas, qu'en cas de maladie, par exemple, ils aient l'obligation de se réunir pour se prodiguer les soins et l'assistance que requiert leur état. Il nous semble que cela est contraire à l'idée même de séparation (3).

§ 5. *La présomption de paternité*

167. Nous arrivons maintenant à une question des plus graves et des plus importantes. L'article 218 du Code Civil porte que " L'enfant conçu pendant le mariage est " légitime et a pour père le mari." Les deux articles qui le suivent disent que le mari pourra désavouer l'enfant : 1o. Lorsqu'il y a impossibilité physique qu'il en soit le père, soit par éloignement, soit par impuissance survenue depuis le mariage ; 2o. Lorsque la femme est coupable d'adultère, et que la naissance de l'enfant a été cachée au mari. Dans ce dernier cas, le mari est admis à prouver les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.

Hors ces deux hypothèses, l'enfant conçu pendant le mariage est supposé celui du mari. Or, le mariage n'est

(1) Dalloz 1850 1-225.
(2) Demante II p. 38 No. 30. Mourlon I 855.
(3) Zachariæ III p. 371. Laurent III 347. Massol p. 194 No 6. Demolombe IV 502.

pas dissout par la séparation de corps. Il faut donc conclure que l'enfant que la femme a conçu après le jugement en séparation de corps est présumé être celui du mari. Et celui-ci n'est pas admis à faire la preuve du contraire, excepté dans les deux cas ci-dessus mentionnés. *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Ce texte de la législation romaine, nos codificateurs l'ont adopté sans aucune restriction, sans déclarer que la présomption de paternité cessait après la séparation d'habitation.

L'article 312 du Code Napoléon porte " L'enfant conçu " pendant le mariage a pour père le mari." Puis le Code Napoléon permet le désaveu dans les deux cas prévus par notre code.

L'interprétation de cet article avait divisé les auteurs. Quelques-uns prétendaient que la présomption de paternité ne pouvait exister dans le cas où les époux sont séparés de corps. Massol, qui professe cette opinion, enseigne que la présomption de paternité est basée sur la cohabitation des époux, et sur la communauté d'affection et d'intérêt qui existe entre eux. Lorsque la cohabitation n'existe plus, et que les époux sont à peu près étrangers l'un à l'autre, la base de la présomption légale fait défaut; il y a une espèce d'impossibilité morale de rapprochement. Les raisons pour autoriser le désaveu ne sont-elles pas plus fortes dans le cas de séparation de corps que dans les cas permis par la loi ? " Comment, le désaveu est permis, même " en plein mariage pour cause d'adultère, lorsque la nais- " sance de l'enfant a été cachée au mari ; et on ne l'admet " trait pas après la séparation de corps qui a rendu les " époux presque étrangers l'un à l'autre ! " C'était là, l'opinion de Massol et de Delvincourt (1). Mais Massol était tellement peu convaincu de la force de son argumentation,

(1) Massol p. 339, No 10. Delvincourt I p. 89, note I. Dalloz V. p. 551.

au point de vue juridique, que dans une note (1), il regrette qu'un projet de loi, proposé en 1834, pour rejeter la présomption de paternité de l'article 312 du Code Napoléon, dans les cas de séparation de corps, ne fut pas adopté par les Chambres. Cette interprétation fut cependant admise par certains arrêts (2).

Mais elle ne nous paraît pas juridique. Les raisons que l'on invoque sont excellentes au point de vue moral. C'est de la philosophie du droit ; mais c'est contraire à la loi.

La loi dit que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, et elle ne fait que deux exceptions. La présomption qu'elle établit est *juris et de jure*, et l'on ne peut opposer des considérations philosophiques au texte formel de la loi (3).

" Il n'y a ni impossibilité physique de cohabiter, dit " Laurent, ni impossibilité morale, dans le sens légal du " mot, entre les époux séparés de corps. Partant le mari " ne peut désavouer l'enfant. Le contraire a été jugé par " la Cour de Rouen. Elle donne d'excellentes raisons, mais " qui toutes s'adressent au législateur (4)."

La question a été résolue en France par la loi du 6 Décembre 1850 qui dit : " En cas de séparation de corps " prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer " l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance " du président, rendue aux termes de l'article 878 du Code " de Procédure Civile, et moins de cent quatre-vingts jours " depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la

(1) Massol p. 341.
(2) Sirey 1815 II 85. Sirey 1825 II 153.
(3) Toullier II 811. Proudhon et Valette II p. 24.
Merlin vo. *Légitimité* sec. 2, § 2, No 3.
Duranton II 632 et III 54 et 55. Zachariæ III § 494.
Vazeille II 586. Demante I 294. Sirey 1838 II 486.
Aubry et Rau V p. 200.
(4) Laurent III 376.

" réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise,
" s'il y a eu réunion de fait entre les époux."

L'article 207 du Code de la Louisiane et l'article 309 du Code de Hollande contiennent des dispositions à peu près analogues.

Chez nous, le mari séparé est à la merci d'une femme perdue de mœurs. L'enfant qu'elle concevra, fruit de sa conduite scandaleuse sera présumé l'enfant de son mari, si elle ne lui en a pas caché la naissance; ce qu'elle se gardera bien de faire. " L'enfant conçu pendant le mariage " est légitime et a pour père le mari." Le cas ne s'est pas présenté encore devant nos tribunaux, croyons-nous. Mais nos législateurs ne devraient pas attendre que le mal soit fait, et soit sans remède. Leur devoir est tout tracé ; qu'ils suivent l'exemple de la France, et s'il s'est glissé dans notre code une loi inique et révoltante, qu'ils s'empressent de porter remède au mal pendant qu'il en est encore temps.

§ 6. *L'autorisation maritale.*

168. Nous allons bientôt voir que la séparation de corps emporte celle de biens. La position de la femme séparée de corps sera donc celle de la femme séparée quant aux biens. Les articles 176 et 177 disent que celle-ci peut ester en justice et faire tous actes lorsqu'il s'agit de simple administration. Tel est le principe de l'autorisation maritale par rapport à la femme séparée de biens. L'article 210 en fait l'application à la femme séparée de corps. "Cette " séparation, y lit-on, rend la femme capable d'ester en " jugement et de contracter pour tout ce qui regarde l'ad- " ministration de ses biens, mais pour les actes et poursuites " tendant à l'aliénation de ses immeubles, elle a besoin de " l'autorisation du juge."

Remarquez ces mots, " l'autorisation du juge," et non celle du mari. C'était là du droit nouveau. " Le mari, " dit Pothier, conserve, même encore après la séparation " d'habitation, quelque reste de la puissance maritale, la " femme séparée ayant besoin, pour les actes qui tendraient " à l'aliénation de ses immeubles, de l'autorisation de son " mari, ou, sur son refus, de celle du juge, qui en est repré- " sentative ; la séparation ne dispensant la femme de " l'autorisation que pour les actes qui ne concernent que la " simple administration de ses biens (1).

Le Statut de Québec, 39 Victoria, chapitre 24, a amendé l'article 210 de manière à le lire comme suit :

" Cette séparation rend la femme capable d'ester en " jugement et de contracter seule pour tout ce qui regarde " l'administration de ses biens, mais pour les actes et pour- " suites tendant à l'aliénation de ses immeubles, elle a " besoin de l'autorisation *de son mari* ou, sur son refus, de " celle du juge."

Nous sommes donc revenus à l'ancien droit. C'est l'autorisation du mari que la femme, même séparée de corps, doit demander, et ce n'est que sur son refus, qu'elle doit requérir celle du juge.

§ 7. *Conventions entre époux*

169. La dissolution de la communauté et son partage, le règlement des droits et des reprises de la femme peuvent donner lieu à certains actes entre le mari et la femme. Il est utile de rappeler ici la loi qui régit ces conventions.

L'article 770 déclare que la prohibition aux époux de s'avantager durant le mariage par actes entrevifs est exposée au titre des conventions matrimoniales. L'article 1265 statue qu'il ne peut être fait aux conventions matrimoniales

(1) Pothier VI 523.

contenues au contrat aucun changement, pas même par don mutuel d'usufruit, lequel est aboli. La seule exception admise a trait aux assurances sur la vie. Le mari peut pendant le mariage assurer sa vie en faveur de sa femme.

L'article 1483 ne permet pas le contrat de vente entre le mari et la femme.

Enfin, l'article 2233 déclare que la prescription ne court pas entre époux.

On voit donc que peu de conventions ayant rapport à leurs biens respectifs peuvent avoir lieu entre conjoints pendant le mariage.

Pour éviter que les époux puissent s'avantager indirectement, si les biens de la communauté ont servi à améliorer l'immeuble de l'un d'eux, celui-ci devra récompense à la communauté (1304). Si, au contraire, les biens propres de l'un des conjoints ont tourné au profit de la communauté, il y aura reprise en faveur de cet époux, lors de la dissolution de la communauté (1303).

Pendant que la communauté existe la femme peut cependant accepter l'immeuble que son mari a acheté de ses deniers pour lui servir de remploi. Elle peut l'accepter par un acte subséquent à l'acte d'acquisition, mais, à la condition que le mari ait déclaré dans l'acte d'acquisition qu'il faisait l'achat à titre de remploi.

Les époux séparés de biens peuvent aussi faire une convention ayant rapport à leurs biens. C'est en vertu de l'article 1423. Lorsque leur contrat de mariage ne contient pas de dispositions relatives à la contribution de chacun d'eux aux charges du mariage, ils peuvent faire une convention établissant la part de chacun d'eux dans ces charges.

Mais, lorsque la dissolution de la communauté a lieu pendant le mariage, comme dans le cas de séparation de corps, les époux peuvent faire tout acte ou convention tendant à régler leurs droits respectifs dans la communauté.

Les conventions qui sont faites entre époux dans ce but sont valides, pourvu qu'elles soient faites de bonne foi. Elles n'ont pas besoin d'être ratifiées par le juge. La présence du mari à l'acte suffit pour autoriser la femme (1). Quoique le mari soit intéressé à consentir, cela ne l'empêche pas de pouvoir donner à sa femme une autorisation valable. Il ne faut pas confondre l'autorisation maritale et celle du curateur ou du tuteur ; celle-ci est prescrite pour l'utilité du mineur, pour le protéger contre son inexpérience ou son incapacité ; au contraire, l'autorisation maritale est exigée, à cause de la déférence et du respect que la femme doit à son époux.

Dans le cas de la séparation de corps, le règlement des droits des époux sera généralement fait sans fraude. Le mécontentement et l'irritation qui existent entre eux sont une sauvegarde pour les créanciers. Mais, s'il est démontré que les biens cédés à la femme dépassent le chiffre de ce qu'elle a droit de recevoir, ce règlement peut être attaqué soit par le mari lui-même, soit par les créanciers.

La loi ne veut pas qu'un époux puisse s'enrichir aux dépens de son conjoint. Ce serait là une cause de regrets, de récriminations et de querelles trop fréquentes pour la paix des ménages. Ce serait là, encore, un grand engin de fraudes que les époux emploieraient pour priver les les créanciers de leurs recours sur les biens du mari. Aussi, s'il arrivait que le règlement ne fut pas fait de bonne foi,

(1) 39 Victoria chap. 24.

que la femme en acquit plus de biens qu'elle n'a droit d'en recevoir, le mari lui-même aurait le droit de réclamer contre lė réglement, et d'en deman der la nullité. La vente, la donation qu'un époux ferait à son épouse seraient d'une nullité radicale à leurs faces même, et le marine pourrait renoncer au droit de se prévaloir de cette nullité. Si la donation était cachée sous la forme d'un règlement des droits de la femme, elle serait encore nulle, et le mari pourrait également l'attaquer. Comme la prescription ne court pas entre époux (2233), le mari a toujours le droit de répéter pendant le mariage ce qu'il a ainsi donné indirectement à son épouse.

§ 8. *Prescription entre époux*

170. La prescription ne court pas entre époux. C'est la règle de l'article 2233; et comme elle ne distingue pas entre les époux séparés de corps et ceux qui ne le sont pas, il faut en conclure qu'elle s'applique également dans tous les cas. La loi veut éviter, même après la séparation de corps, ces occasions de querelles et de haines entre les époux (1).

§ 9. *Succession du conjoint survivant*

171 La succession irrégulière qui est dévolue, à défaut de parents, au conjoint survivant peut avoir lieu quoique les époux fussent séparés de corps. La séparation n'a pas détruit le lien du mariage, ni la qualité d'époux. L'article 636 confère cette succession à celui qui a la qualité d'époux sans faire aucune distinction (2).

---

(1) Demolombe IV, 507. Massol, p. 277, No. 40. Massé et Vergé V, p. 292. Troplong, *De la prescription* II, 742.

(2) Massol, p. 343, No. 54.

ARTICLE II

DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS PAR RAPPORT AUX ENFANTS

172. Nous avons vu que, pendant l'instance en séparation, le père, en qui repose la puissance paternelle a la garde des enfants, à moins que le tribunal n'en dispose autrement (200). Mais la règle qui guide le tribunal en cette matière, c'est le plus grand avantage des enfants.

Lorsque la séparation de corps est prononcée, l'époux demandeur est présumé sans reproches, tandis que son conjoint est coupable, il semble donc plus avantageux pour les enfants d'être sous les soins de l'époux qui a obtenu la séparation. C'est la raison de l'article 214 qui est conçu comme suit : " Les enfants sont confiés à l'époux qui a " obtenu la séparation de corps, à moins que le tribunal, " après avoir consulté le conseil de famille, s'il le juge con- " venable, n'ordonne, pour le plus grand avantage des " enfants, que tous ou quelques-uns d'eux soient confiés " aux soins de l'autre époux, ou d'une tierce personne."

En général, c'est donc à l'époux demandeur que les enfants seront confiés, mais l'application de cette règle pourrait, en bien des circonstances, être désavantageuse aux enfants. Le tribunal les confiera alors au défendeur, ou même à une tierce personne. Ainsi, un enfant en bas âge sera mieux sous les soins de sa mère ; un grand garçon, chez son père qui pourra lui apprendre son métier. Il ne sera pas prudent de confier une jeune fille à sa mère qui mène une vie scandaleuse ; d'un autre côté, son père sera peut-être tout-à-fait incapable de surveiller son éducation ; dans ce cas, le tribunal devra la mettre sous les soins d'une tierce personne.

C'est le tribunal qui a jurisdiction en ces matières et non le juge *en chambre.* Il peut prononcer d'office, et n'est

pas obligé de prendre l'avis du conseil de famille. Sa décision est susceptible d'appel comme tous les jugements.

Je dois ajouter que ces décisions sont, par leur caractère, provisoires ; et, si des circonstances nouvelles se présentent, le jugement peut être modifié et même changé tout-à-fait (1).

173. Mais ces décisions n'enlèvent pas aux parents la puissance paternelle ; elles en modifient seulement l'exercice. Les pères et mères conservent le droit de voir leurs enfants et de surveiller leur éducation.

" Quelque soit la personne, dit l'article 215, à laquelle
" les enfants sont confiés, les pères et mères conservent res-
" pectivement le droit de surveiller leur entretien et leur
" éducation, et sont tenus d'y contribuer à proportion de
" leurs facultés."

La personne qui a la garde de l'enfant ne peut donc rien faire qui enlève aux parents ce droit de surveiller leur enfant. Ainsi, elle ne pourrait le conduire hors du pays ou à une grande distance, de manière à rendre cette surveillance des parents impraticable, ou seulement très-difficile. C'est en ce sens que nous comprenons la décision rapportée dans Dalloz et dont nous avons parlé ci-dessus au numéro 163 (2).

Quant à la proportion dans laquelle les parents doivent contribuer à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants, il est évident qu'elle doit être calculée suivant leurs moyens respectifs. Si l'un est riche, et l'autre pauvre, le premier doit en supporter tous les frais. Si le père est dans l'indigence et qu'il a la garde de son fils, il peut poursuivre directement sa femme qui est riche, pour la forcer à payer

(1) VIII. Legal News, 91.
(2) Dalloz 1862 I 518 Massol p. 196 No 8.

l'éducation de l'enfant commun, et cela, sans avoir été nommé tuteur.

174. Enfin, la séparation de corps ne doit pas affecter les intérêts pécuniaires des enfants. C'est ce que porte l'article 216 du Code Civil " La séparation de corps admise en justice " ne prive les enfants, nés du mariage, d'aucun des avantages " qui leur sont assurés par la loi ou par les conventions " matrimoniales de leur père et mère ; mais il n'y a d'ouver- " ture à ces droits que de la même manière, et dans les " mêmes circonstances où ils seraient ouverts s'il n'y avait " point eu de séparation."

Les avantages assurés par la loi, ce sont les droits de succession, et le droit au douaire coutumier, dans les cas où il existe. Quant aux droits de succession, il était évident que la séparation de corps intervenue entre les parents ne pouvait pas les en priver.

Le douaire coutumier consiste en la moitié des immeubles propres du mari. La femme en a l'usufruit, et les enfants, la propriété. Si la mère perd son douaire pour cause d'adultère ou de désertion (1463), les enfants ne doivent pas en souffrir, mais il ne faut pas, non plus, qu'ils profitent de la faute de leur mère, ce qui serait immoral et contraire à la loi. Les enfants n'auront donc la jouissance de la propriété qu'après la mort de leur mère ; en attendant l'usufruit des biens affectés au douaire appartiendra aux héritiers du mari.

Il en sera de même des autres avantages, stipulés en faveur des enfants, dans le contrat de mariage de leurs parents. Ces avantages seront maintenus, mais les déchéances prononcées contre leur père ou leur mère ne devront pas leur profiter.

ARTICLE III

DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS PAR RAPPORT AUX INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX

Section I—Droits respectifs des époux

175. La séparation de corps emporte séparation de biens, c'est ce que comporte l'article 208. La société d'habitation qui existait entre les époux étant détruite, il n'y a pas lieu de continuer une communauté de biens ; et il n'est que juste et raisonnable que chacun des époux reprenne la possession de ce qui lui appartient. Ce n'est donc pas seulement la communauté légale, mais c'est le régime que les époux ont choisi par leurs conventions matrimoniales qui est remplacé par la séparation de biens.

Soit que les époux soient mariés sous le régime de l'exclusion de communauté, soit même que les époux soient sous une séparation de biens conventionnelle qui donnerait au mari le privilège de jouir, ou même simplement, d'administrer les biens de la femme, les époux seront séparés quant aux biens dans le sens légal de l'expression, et le mari n'aura plus ni la jouissance, ni l'administration de la propriété de son épouse (1422). La séparation " fait " perdre au mari les droits qu'il avait sur les biens de sa " femme (208)."

176. Si les époux étaient communs en bien, il va donc falloir procéder au partage de la communauté ; mais à quel moment faut-il se placer pour estimer la valeur de la communauté ? En d'autres mots, le jugement en séparation de corps rétroagit-il entre les époux au jour de la demande ?

Demolombe et plusieurs autres auteurs enseignent que non. Voici les raisons très sérieuses sur lesquelles ils basent cette opinion.

L'article du Code Napoléon, qui correspond à notre article 1314, porte que le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Les termes absolus de cet article, ainsi que l'endroit où il est placé dans le code, empêchent qu'on puisse l'étendre à la séparation de corps. Et, si cet effet rétroactif a lieu dans le cas de la séparation de corps comme dans le cas de la séparation de biens, pourquoi la loi exigerait-elle avec tant de soin la publicité de la demande en séparation de biens seulement, sans exiger la même chose pour l'action en séparation de corps ? Ils en concluent donc que ce n'est que le jugement en séparation de biens proprement dit qui remonte, quant à ses effets, jusqu'au jour de la demande. Ils enseignent, de plus, que cette rétroactivité ne peut atteindre son but qu'en autant qu'elle pourra être opposée aux tiers, et qu'elle ne permettra pas au mari de ruiner sa femme par ses arrangements avec des étrangers. Or, ceux-ci ne pourront être inquiétés qu'en autant qu'ils sont complices des fraudes du mari (1038) !

La règle de la rétroactivité des jugements est fondée sur ce que le demandeur ne doit point souffrir de la résistance du défendeur. Or, cette règle ne s'applique pas ici, car le défendeur ne peut acquiescer à la demande. Enfin, la demande en séparation de biens a pour cause le péril des intérêts de la femme, tandis que l'action en séparation de corps n'a pour but que de séparer d'habitation les deux époux, et la dissolution de la communauté n'en est que la suite tacite (1).

Cependant nous ne croyons pas devoir partager cet avis.

---

(1) Demolombe IV 514. Marcadé sur l'art 311 no 4. Delvincourt III p. 42. Valette sur Proudhon I p. 541. Duranton II 622. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage* III 2179. Laurent XXII 328.

L'article 1314 est absolu, et ne distingue nullement. Tout jugement qui prononce la séparation de biens remonte au jour de la demande. Le jugement en séparation de corps prononce, au moins virtuellement, la séparation de biens. Et n'est-ce pas un principe de droit qu'en matière civile tout jugement est censé produire son effet au jour même de la demande ? Laurent, (qui cependant enseigne le contraire de ce que nous soutenons), dit : " En général " tout jugement rétroagit. La raison en est d'abord parce " que le demandeur doit obtenir, dès le jour de la demande, " ce qu'il aurait obtenu si les lenteurs nécessaires de la " justice ne retardaient nécessairement la sentence du juge, " de sorte qu'il est impossible que le jugement soit porté " immédiatement après la demande (1).

Qu'on ne réponde pas en disant que ce principe ne peut s'appliquer dans l'espèce, parce que le défendeur ne peut acquiescer à la demande (2), ou encore, parce que le jugement ne reconnait pas les droits des parties, mais crée une situation nouvelle (3). Le défendeur ne peut acquiescer à la demande parce que la loi ne veut pas que la séparation soit laissée à la volonté des parties ; mais on ne peut conclure de cela que la demande, une fois accordée, ne remontera pas au jour où elle a été instituée. Le jugement crée une situation nouvelle, dites-vous. Oui, mais le demandeur avait droit à ses conclusions dès qu'il a saisi le tribunal de sa demande.

Et voyez le motif de la séparation de biens accessoire à la séparation de corps. C'est que la vie commune a cessé et que les intérêts des époux n'existent plus en commun. A quel moment cette scission entre les époux a-t-elle été effectuée ? Ne remonte-t-elle pas à l'institution de l'action ? Dès

(1) Laurent XXII 337.
(2) Marcadé art 311 No 4.
(3) Laurent XXII 337.

ce moment les époux se sont séparés, provisoirement, il est vrai. Ils ont vécu étrangers l'un à l'autre (195 et 201). La femme s'est retirée hors du domicile conjugal ; la vie et les intérêts des deux époux sont devenus séparés et distincts. Ecoutez ce que les anciens auteurs disent de la communauté : "Le droit de communauté ne s'acquiert qu'à titre "onéreux ; il faut, pour en mériter les avantages, que cha- "cun y contribue ses peines, ses pensées, et si une femme "n'a pas assez d'industrie pour acquérir de son chef, du "moins elle doit, par son économie, sa bonne conduite et "sa vigilance conserver ce que son mari a acquis par ses "longs travaux (1)"

"La communauté suppose que les époux vivent ensemble, "et l'absence de la femme du domicile du mari la déchoit "de son droit dans les biens acquis par le mari depuis le "temps de son absence."

Il est vrai que ces auteurs parlent de la femme qui a déserté le toit conjugal. Mais ces motifs ne s'appliquent-ils pas exactement à l'instance en séparation ? Ne serait-il pas injuste que le mari vint prendre sa part dans ce que son épouse a pu gagner par son industrie pendant l'instance en séparation ? Et si le mari a la jouissance des biens de sa femme, il serait également injuste qu'il continuât, pendant l'instance, à profiter de cette jouissance, peut-être considérable, en se contentant de payer à son épouse une simple pension alimentaire.

Quant à la publication exigée en matière de séparation de biens, et qui n'est pas requise pour la séparation de corps, elle ne se rapporte pas à la question de rétroactivité. Les créanciers ont le droit d'intervenir à l'action en séparation de biens et de la contester, s'ils croient qu'il y va de leur intérêt. Voilà pourquoi l'article 974 du Code de Procé-

(1) I Jour. du Pal. p. 154 Arrêt à Paris, 20 jan. 1672

dure Civile exige la publicité de l'action. Quant à la rétroactivité, elle n'affecte pas plus les tiers lorsque la demande est en séparation de biens que lorsqu'elle est en séparation de corps. Ce n'est que pour régler les droits des époux entre eux que l'on dit que le jugement remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Cela résulte clairement des articles 1313 et. 1314 du Code Civil. En conséquence, on ne peut, chez nous, se baser sur ce que la publicité de l'action n'est pas exigée en matière de séparation de corps pour dire que le jugement dans cette espèce ne remonte pas au jour de la demande.

Cette rétroactivité ne peut atteindre son but, dit Demolombe, qu'en autant qu'elle pourra être opposée aux tiers. Nous ne saurions admettre cette opinion. En matière de séparation de biens, la rétroactivité n'affectera pas plus les tiers de bonne foi qu'en matière de séparation de corps. Mais elle atteindra son but par le règlement des droits des époux entre eux, en prenant pour base l'état de la communauté au moment de la demande.

Il est vrai que l'action en séparation de biens, et celle en séparation de corps, n'ont pas le même but ; du moins, cette dernière action a pour objet principal la séparation d'habitation. Mais il faut se rappeler qu'elle entraîne nécessairement la séparation de biens, et que, là où il n'y a pas communauté d'habitation, il n'y a pas communauté de biens. La communauté d'habitation a cessé dès le commencement de l'instance, pourquoi ne pas se porter à ce moment pour régler les droits respectifs des époux ?

Supposons que, d'après le contrat de mariage, le mari ait la jouissance des biens de sa femme, ne serait-il pas injuste, ne serait-il pas même immoral que le mari continuât cette jouissance, pendant l'instance en séparation, sans être obligé d'en rendre compte ? Il va peut-être mettre obstacles

sur obstacles, pour profiter plus longtemps de cette jouissance. Si les époux sont communs en biens, le chef de la communauté aura intérêt à retarder les procédures, dans l'espérance que la mort prochaine d'un parent de sa femme fera tomber une riche succession dans la communauté. Ce sont là des inconvénients très-sérieux, des injustices sans remèdes, si l'on n'admet pas la rétroactivité du jugement en séparation de corps. Nous croyons donc que la séparation de biens, accessoire à la séparation de corps, remonte au jour de la demande quant à ses effets entre les époux (1).

177. Au reste, la demande en séparation de biens peut être faite comme action principale conjointement avec l'action en séparation de corps, mais elle sera soumise aux règles qui la régissent spécialement. La femme seule pourra l'instituer; la publication exigée par le Code de Procédure Civile devra être faite; et les créanciers du mari, s'ils y trouvent intérêt, auront le droit d'intervenir et de contester cette partie de la demande qui a rapport à la séparation de biens.

Le jugement prononçant la séparation de corps et de biens, dans ce cas, ne sera pas mis à néant quant à la séparation de biens, par le retour des époux à la vie commune (1320).

178. " Lorsqu'il y a communauté de biens, dit l'article " 209, la séparation en opère la dissolution, impose au mari " l'obligation de faire inventaire des biens qui la composent, " et donne à la femme, en cas d'acceptation, le droit d'en " poursuivre le partage, à moins que par la sentence, elle

---

(1) Massol, p. 203, No. 13. Aubry et Rau V, 203. Touillier I, 776. Troplong, *Du contrat de mariage* II, 1386 à 1388. Sirey, 1836, II, 61. Sirey, 1841, II, 548, Sirey, 1855, I, 401. Sirey, 1862, I, 885. Sirey, 1864, II, 132 et 133. Sirey, 1869, I 301. Sirey, 1870, II, 17.

" n'ait été déclarée déchue de ce droit." Lorsque la dissolution de la communauté arrive par le prédécès du mari, la femme se trouve en possession des biens communs; la loi l'oblige donc, dans ce cas, de faire l'inventaire, et elle est censée accepter la communauté, à moins d'y renoncer. Il n'en est pas ainsi lorsque la communauté prend fin par la séparation de corps; les biens communs sont encore dans les mains du mari; c'est donc celui-ci qui est obligé de faire l'inventaire. La présomption d'acceptation de la communauté n'existe pas, parce que cette présomption est basée sur le fait de la possession par la femme qui n'a lieu que lorsqu'elle est survivante.

En France, on va plus loin, et l'on enseigne que la femme, qui n'accepte pas la communauté dans les trois mois et quarante jours, est censée y renoncer et n'a plus la faculté de l'accepter; il y a un article formel du Code Napoléon qui le dit (1).

Dans quel délai cet inventaire doit-il être fait? Le mari doit y procéder dans le délai fixé par le tribunal, en présence de sa femme, ou du moins, après l'avoir mise en demeure d'y assister. Mais, s'il ne procède pas à l'inventaire, la femme ne perd aucun de ses droits. Elle peut le forcer à procéder ou faire l'inventaire elle-même, après avoir notifié son mari d'y assister.

179. Si elle accepte la communauté elle peut faire procéder au partage des biens. Elle exige les dons et avantages qui lui ont été faits par son contrat de mariage, si elle n'en est pas déchue. Mais elle n'a pas le droit d'exiger l'exécution des gains de survie, tels que le douaire et le préciput (1401 et 1404) qui ne s'ouvrent que par la mort naturelle du mari " à moins que le contraire n'ait été spé-

---

(1) Article 1463 Code Napoléon. Marcadé V art. 1456 No 1. Troplong, *Contrat de Mariage* III 1159 et 1575. Massol p. 202 No 11.

" cialement stipulé" dit l'article 108. On conçoit assez difficilement que les époux, dans leur contrat de mariage, aient prévu le cas de la séparation et aient stipulé qu'il donnerait ouverture aux avantages qui sont ordinairement des gains de survie.

Section II—Déchéances

180. Nous allons, maintenant, traiter des déchéances que la loi prononce en matière de séparation de corps. Ces questions donnent lieu, en France, à de vives controverses. Le Code Napoléon les décrète en matière de divorce (1), et on se demande si ces mêmes dispositions s'appliquent à la séparation de corps.

Les déchéances que la loi prononce en matière de séparation de corps sont de deux espèces.

Les premières ne peuvent être prononcées que contre la femme.

Les secondes sont encourues par la partie contre qui la séparation est prononcée, sans distinguer si c'est le mari ou la femme.

§ 1. *Déchéances spéciales à la femme*

181. Dans l'ancien droit français, la femme convaincue d'adultère perdait non seulement les avantages que son mari lui avait faits par son contrat de mariage, mais encore son droit à la communauté et au douaire. Elle était enfermée dans un couvent pour y demeurer deux années. Pendant ce temps son mari pouvait la visiter et la reprendre chez lui s'il le jugeait à propos. Si son mari refusait de la reprendre, ou s'il décédait pendant ce délai, elle était " rasée, voilée et vêtue comme les autres religieuses et

---

(1) Code Napoléon 299 et 300.

" filles de la communauté, pour y rester la vie durant et " y vivre selon la règle de la maison (1)."

Ces dispositions tiraient leur origine de la Novelle 134 de Justinien et de l'Authentique *Sed Hodie.* C'est pourquoi on disait de la femme adultère, ainsi enfermée dans un cloître, qu'elle était *authentiquée.*

La jurisprudence avait fini par mettre un léger adoucissement à la rigueur de ces dispositions. La femme recluse pouvait, lorsqu'elle était veuve, sortir de sa retraite pour épouser un second mari.

Le Code Napoléon changea entièrement la législation en cette matière. L'article 308 de ce code dit que " la femme " contre laquelle la séparation de corps sera prononcée " pour cause d'adultère sera condamnée par le même " jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la " réclusion dans une maison de correction pendant un " temps déterminé qui ne pourra pas être moindre de trois " mois, ni excéder deux années."

Chez nous, la loi criminelle n'a pas jugé à propos de punir l'adultère de la femme. Les dispositions de l'ancien droit ayant rapport à la réclusion de la femme adultère ne peuvent être appliquées, et nous n'avons aucun texte de loi semblable à l'article 308 du Code Napoléon.

Mais les déchéances de l'ancien droit peuvent-elles encore trouver leur application sous le code ? La femme peut-elle être privée de sa part dans la communauté, sans même avoir le droit de reprendre ses apports ? Peut-elle être déchue de sa dot ?

Si l'on consulte le Rapport des Codificateurs, (2) on y voit que la séparation de corps " emporte, de droit, la séparation

---

(1) Guyot vo. *Adultère* 194.
(2) Rapport des Codificateurs 1865, I 194.

" de biens ; ce qui prive le mari du droit qu'il avait sur
" ceux de sa femme, et permet à celle-ci de se faire resti-
" tuer sa dot et ses apports, (à moins que, pour cause
" d'adultère, ils ne soient déclarés forfaits) ; et aussi d'exiger
" les dons et avantages résultant de son contrat de mariage,
" même les gains de survie, s'ils ont été stipulés exigibles
" dans ce cas (208).

" La première partie de cet article, continuent les Codifi-
" cateurs, est sans difficulté ; celle qui reconnait aux
" tribunaux le droit de déclarer forfaits les droits de la
" femme au cas d'adultère, est conforme à l'ancienne juris-
" prudence (1)." Il semble donc évident que c'était l'inten-
tion des Codificateurs de conserver, contre la femme adultère,
les déchéances de l'ancien droit. On en peut trouver une
autre preuve en consultant le projet du code soumis à la
Législature. L'article 24 du projet se lit comme suit:
" La séparation de corps emporte celle de biens, elle fait
" perdre au mari les droits qu'il avait sur les biens de la
" femme, et donne à celle-ci le droit de se faire restituer sa
" dot et ses apports, à moins que par la sentence ils ne
" soient déclarés forfaits, ce qui n'a lieu qu'au cas d'a-
" dultère.

" La séparation donne aussi à la femme le droit d'exiger
" les dons et avantages qui lui ont été faits par le contrat
" de mariage, sauf les gains de survie auxquels elle ne
" donne pas ouverture à moins que le contraire n'ait été
" spécialement stipulé (2)."

Il semble donc que les Codificateurs nous aient conservé
l'ancienne jurisprudence qui déclarait la femme déchue de
ses droits matrimoniaux dans le cas d'adultère. C'était là

(1) Rapport des Codificateurs 1865 I 194.
(2) Rapport des Codificateurs 1865 I p. 304 art. 24.

une jurisprudence bien établie en France (1), et qui avait été confirmée en Canada par plusieurs arrêts de nos tribunaux (2).

Mais le texte officiel du Code Civil, tout en reproduisant les mêmes mots, ne comporte pas la même disposition. Les mots "à moins que, par la sentence, ils ne soient " déclarés forfaits, ce qui n'a lieu qu'au cas d'adultère," ne forment plus partie du premier paragraphe de l'article, mais du second ; ce qui semble changer tout-à-fait le sens de la disposition.

L'article 208, dans l'édition officielle du code, se lit donc comme suit :

" La séparation de corps emporte celle de biens ; elle " fait perdre au mari les droits qu'il avait sur les biens de " sa femme, et donne à celle-ci le droit de se faire restituer " sa dot et ses apports."

C'est donc absolu. La femme a le droit de se faire restituer sa dot et ses apports. La loi ne dit pas qu'elle peut en être déchue, non plus que de son droit à la communauté.

Puis l'article continue :

" A moins que, par la sentence, ils ne soient déclarés for- " faits, ce qui n'a lieu qu'au cas d'adultère, la séparation

---

(1) Pigeau II 224. Guyot vo. *Communauté*, p. 212. Denisart vo. *Adultère* No 3.
Bourjon 1 vol. p. 514 livre 3 tit. 10 ch. 3.
Nouveau Denizart vol. I p. 293. *Adultère* No 10.
Journal des Audiences vol. I, ch. 54, p. 227.
Pothier VI 527.

(2) La femme, coupable d'adultère, séparée de corps sera déchue de ses droits matrimoniaux. C. Sup. 1854 G. v. L. Montréal Condensed Reports (2ème édition) p. 86.

Where the wife voluntarily leaves her husband and lives with another, she will thereby be deprived of her share in the community from the time of her abandonment C. Sup. 1861. Gadbois v. Bonnier L. C. J. V 275.

In an action by a husband for separation from bed and board against his wife : Held that the Courts in Canada had the power to declare, in such actions, that the wife had forfeited her matrimonial rights by reason of adultery. Queen's Bench 1853. Cherrier et Bender, III L. C. R. 418.

" donne aussi à la femme le droit d'exiger les dons et
" avantages qui lui ont été faits par le contrat de mariage,
" sauf les gains de survie, auxquels elle ne donne pas
" ouverture, à moins que le contraire n'ait été spécialement
" stipulé." (1).

On a donc conclu que la femme, pour cause d'adultère, ne pouvait être privée que de ses dons et avantages et non de sa dot et de ses apports, et, dans une cause assez récente, Sir William C. Meredith, alors juge en chef de la Cour Supérieure, décida que, lorsque la séparation de corps était fondée sur l'adultère de la femme, le mari ne pouvait conclure à ce que la femme fut déclarée déchue de ses droits de communauté (2).

Malgré tout le respect que nous avons pour la haute érudition du savant juge, nous ne saurions admettre cette opinion. Nous venons d'exposer quelle était la doctrine de l'ancien droit, et quelle était l'opinion de nos codificateurs à ce sujet, et nous ne croyons pas que la loi soit changée.

Les Codificateurs avaient l'intention de reproduire l'ancien droit dans l'article 208, comme d'ailleurs, ils étaient tenus de le faire (3). Ils n'ont pas indiqué cet article comme droit nouveau ; ils ne l'ont pas proposé à la Législature comme un amendement désirable. Et la Législature elle-même, lorsqu'elle adopta et mit en force le projet du code, ne fit qu'adopter le projet de l'article 208 tel que les codificateurs l'avaient rédigé. Elle ne passa aucune résolution aux fins de changer la loi existante, conformément à l'acte 20 Victoria, chapitre 43, section 14. On peut s'en

---

(1) Les différentes éditions du Code Civil reproduisent l'article d'une manière diverse. M. de Bellefeuille (première édition) et M. Lareau ont suivi le texte du projet du code. M. de Bellefeuille dans le *Code Annoté*, M. de Lorimier dans la *Bibliothèque du Code Civil*, et M. le juge McCord ont reproduit le texte officiel.

(2) L'Heureux *vs* Boivin. C. Sup. 1881, VII Q. L. R. 220.

(3) 20 Vict., chap. 43, s. 6.

convaincre facilement en parcourant l'acte 29 Victoria, chapitre 41.

Nous croyons que la différence, entre le Rapport des Codificateurs et l'édition officielle du code, est due à une regrettable erreur cléricale, erreur de ponctuation que les tribunaux doivent rectifier.

Nous prétendons que l'interprétation du juge Meredith ne saurait être admise, parce qu'elle est en contradiction évidente avec les articles 209 et 211, et que la seule manière d'interpréter l'article 208, sans en arriver à des contradictions, est de lui donner le sens que les Codificateurs ont voulu lui prêter et qui est conforme à l'ancien droit.

Remarquons, en premier lieu, que les mots, " *à moins que,* " *par la sentence, ils ne soient déclarés forfaits, ce qui n'a* " *lieu qu'au cas d'adultère,*" doivent trouver place dans l'article. On ne saurait les éliminer tout-à-fait. Nos législateurs ne peuvent pas avoir parlé pour ne rien dire. Il faut placer ces mots à la fin du premier paragraphe de l'article, ou à la tête du second.

Dans le premier cas, vous en concluerez que la déchéance de la femme,—qui ne peut avoir lieu qu'au cas d'adultère, se rapporte à ses droits matrimoniaux, à sa dot et à ses apports ; ce qui est conforme à l'ancien droit et à l'intention des Codificateurs, comme je pense l'avoir prouvé ci-dessus. C'est là une interprétation naturelle qui donne effet à l'article 209. La dernière partie de cet article n'a plus de sens si vous ne prêtez pas cette interprétation à l'article qui le précède.

Nous ajoutons que c'est la seule interprétation qui puisse être admise, parce que si vous attachez les mots : " *à moins que, par la sentence,*" etc., au second paragraphe, vous êtes obligé d'en conclure que la femme ne perd les dons et

avantages qui lui ont été faits par son contrat de mariage que dans le cas où elle est coupable d'adultère.

Cette conclusion est opposée à toutes les notions du droit, et à l'opinion de tous les auteurs que cite l'Honorable Juge Meredith. Et cette conclusion que vous êtes obligé de tirer de votre texte, est contraire au texte même de l'article 211. Ce dernier article porte que : " Pour " quelque cause que la séparation ait lieu, l'époux contre " lequel elle est admise perd tous les avantages que l'autre " époux lui avait faits." Remarquez-le bien ; l'article 211 dit : *pour quelque cause que la séparation ait lieu* ; avec votre interprétation de l'article 208, vous êtes forcé de mettre de côté l'article 211, et de décider que la perte des dons et avantages n'a lieu qu'au cas d'adultère de la femme. Il me semble, que cet argument est conclusif. L'article 208 doit se lire comme les Codificateurs l'ont inscrit dans le projet du code, de manière à reproduire l'ancien droit ; c'est la seule interprétation qui ne lui donne pas un sens contraire aux autres dispositions du code.

Sir William Meredith, dans le jugement précité, cite l'article 211 de notre code, et celui qui lui correspond dans le Code Napoléon (1). Puis, appuyé sur les commentateurs français qui déclarent que l'adultère de la femme ne priverait pas celle-ci de son droit à la communauté (2), il décide le même point dans notre droit. Mais il nous semble que le Code Napoléon était une législation nouvelle, et n'avait pas pour but de reproduire l'ancien droit ; tandis que notre code n'est que la reproduction de nos lois civiles alors existantes. Il nous semble que notre code consacre l'ancienne jurisprudence par les articles 208 et 209, tandis que le Code Napoléon n'a pas

(1) Code Napoléon 299.

(2) Delaporte et Caubray *Pandectes françaises* IV 135. Rodière et Pont II no. 1035 p. 311 et 312. Laurent III 304. Delvincourt I p.197.

d'articles qui leur correspondent. Sir William Meredith dit aussi que la femme ne doit pas être réduite à mourir de faim. Nous pensons que l'article 213 y pourvoit en donnant à l'époux nécessiteux le droit de demander une pension alimentaire à son conjoint. Enfin, il prétend que les déchéances, dont il s'agit, ne pourraient exister qu'en autant que la femme serait condamnée à la réclusion, mais cette dernière opinion a été rejetée par nos tribunaux, et la jurisprudence antérieure au Code Civil a maintenu ces déchéances, quoique la femme ne fut plus sequestrée (1).

Nous en concluons donc, que la femme, coupable d'adultère, peut être privée de sa part de la communauté, sans même avoir le droit de reprendre ses apports. Il en sera de même de son préciput (1401 et 1404).

182. Quant à son douaire, la femme peut en être déclarée déchue soit pour cause d'adultère, soit pour cause de désertion (1463).

183. Je dis que la femme *peut* être déchue de ses droits. Il faut en faire la demande, car ces déchéances n'ont lieu que par la sentence du tribunal.

Le juge aura un pouvoir discrétionnaire et décidera, suivant les circonstances, de chaque cas ; par exemple, si c'est le mari qui a fourni tout l'actif de la communauté, s'il ne peut être blâmé dans sa conduite envers sa femme, le tribunal pourra déclarer celle-ci déchue de ses droits matrimoniaux. Au contraire, si les deux époux sont également coupables, il devra refuser cette déchéance (2).

(1) Voir les autorités ci-dessus citées; surtout la cause Cherrier et Bender III L. C. R. 418.

(2) An action was brought by a married woman for separation from bed and board on the ground of abandonment by the husband, and the husband pleaded acknowledging the abandonning, but setting up the adultery of the wife and asking that she might be deprived of her matrimonial rights. Held that where the husband was proved to be guilty of adultery, that he could not maintain such conclusions and judgment went for Plaintiff XVII L. C. R. 140, Sup. C. 1867 Bisson *vs* Lamoureux.

184. La femme non commune peut-elle être privée des biens dont son mari avait la jouissance dans le cas où la séparation est prononcée pour cause d'adultère ? La loi ne le dit pas, et dans l'application de ces dispositions, il faut suivre la lettre même de la loi, car il s'agit de peines très-sévères. Il faut donc en conclure que la femme non commune ne peut être privée de ses biens. " A l'égard des " bien paraphernaux, dit Guyot, le mari de la femme " adultère n'est pas en droit de les demander, quand même " il n'y aurait pas d'enfants. Ses prétentions ne peuvent " se porter au-delà de la dot parce que les lois pénales ne " doivent point recevoir d'extension (1) ".

Bien plus, il faut décider qu'en ce cas le mari perdra la jouissance des biens de sa femme. Les époux seront séparés de biens, et la femme reprendra l'administration et la jouissance de ce qui lui appartient. Le mari ne pourra se plaindre, car il a préféré abandonner cette jouissance et obtenir la séparation d'habitation.

§ 2. *Déchéances communes aux deux époux*

185. " Pour quelque cause que la séparation ait lieu, " dit l'article 211, l'époux contre lequel elle est admise " perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits ". On ne distingue pas si c'est le mari ou la femme contre qui la séparation est prononcée.

Cet époux perd tous les dons et avantages que l'autre époux lui avait faits. Cela ne comprend pas le douaire coutumier, parce que le douaire n'est pas un avantage que le mari donne à la femme. C'est un privilège que la loi elle-même lui accorde. Il faut décider également que la femme ne perd pas son douaire préfix ; la loi ne le regarde pas non plus comme un avantage (1432). Nous avons vu

(1) Guyot, vo. *Adultère* p. 196.

ci-dessus, en quels cas la femme pouvait être déchue de son douaire.

Doit-on comprendre, sous cet article, les donations que l'un des époux a faites à l'autre avant le mariage ? L'article 211 ne distingue pas ; il comprend tous les avantages par l'un des époux à son conjoint ; et si l'on examine le motif de cette déchéance, qui est l'ingratitude de l'époux contre qui la séparation est prononcée, on en conclut que les dons antérieurs au mariage doivent être également compris dans la révocation.

Le testament et le legs que l'époux innocent avait fait avant la séparation en faveur de son conjoint sont-ils révoqués de plein droit par le jugement ? C'est ce qu'enseignent Laurent et Demolombe, et la jurisprudence française semble bien établie en ce sens (1). D'après ces auteurs, on ne peut leur opposer l'article 892 de notre code, parce que ce n'est pas le testateur qui révoque, en ce cas, le testament ou le legs ; c'est la loi elle-même. Cependant, nous ne pensons pas que l'article 211 comprenne ce cas lorsqu'il dit que l'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits. Pour qu'il y ait avantage, il faut, suivant nous, qu'il y ait un droit existant, un droit acquis. Or, le testament d'une personne vivante, essentiellement révocable, ne constitue de droit acquis pour personne. Il y a bien là, l'espérance d'un profit, mais il n'y a pas un avantage réel tant que le testateur est vivant. Le testateur, dans ce cas, peut bien révoquer son testament, mais s'il ne le fait pas, nous croyons que la disposition devra être maintenue par les tribunaux (2).

---

(1) Laurent III 304. Demolombe IV 527 *bis*. Dalloz 1850 I 33.

(2) Aubry et Rau V p. 209.

Il est clair que la révocation ne pourrait s'étendre aux dons et avantages que l'époux coupable aurait reçus d'un tiers par son contrat de mariage.

186. Cette révocation a-t-elle un effet rétroactif contre les tiers de bonne foi? Evidemment non. Il ne s'agit pas de punir les tiers, mais l'époux coupable et ingrat. On a prétendu que la révocation avait lieu, en ce cas, en vertu d'une condition résolutoire (1088), et que, par conséquent, la révocation du don remettait les choses comme si le don n'avait pas eu lieu. Ce n'est pas en vertu d'une condition résolutoire, mais, en vertu de la loi, que les dons et avantages sont révoqués.

Les époux ne peuvent stipuler d'avance qu'ils ne profiteront pas des révocations prononcées par l'article 211. Ils ne peuvent pas, non plus, y renoncer pendant le mariage. Cela serait contraire à l'ordre public, mais il n'y a rien qui empêche l'époux survivant d'y renoncer après la mort de son conjoint.

187. Si les dons et avantages sont stipulés réciproques entre les époux, la révocation de l'article 211 peut-elle avoir lieu seulement contre l'époux coupable? On en avait douté dans l'ancien droit. Une donation réciproque n'est pas pure et simple; elle est soumise à la condition de la réciprocité, et, par conséquent, si elle n'a pas lieu pour l'un, elle ne devrait pas exister pour l'autre. Mais, d'un autre côté, on doit présumer que les époux, dans l'avantage réciproque, ont eu un motif plus noble que l'intérêt, et que c'est plutôt l'estime et l'affection qui ont été le motif du contrat. C'est pourquoi on en avait conclu que c'était véritablement une donation, ou plutôt deux donations, chacune desquelles sujette à révocation indépendamment de l'autre. C'est l'opinion admise chez nous. Aussi l'article 212 porte que

" l'époux qui a obtenu la séparation conserve les avan-
" tages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été
" stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas lieu ".

Mais il ne faut pas donner à cet article une portée qu'il n'a pas. Il ne faut pas en conclure que ces dons et avantages acquièrent un caractère d'irrévocabilité qu'ils n'avaient pas auparavant. Ainsi, si l'époux qui a obtenu la séparation devient ingrat envers son conjoint, les avantages qui lui ont été conservés par l'article 212 pourront lui être enlevés (813).

188. Nous avons vu que la séparation de corps pouvait être demandée par les deux époux au moyen d'une action principale et d'une demande reconventionnelle de la part du défendeur. Dans ce cas, le tribunal pourra prononcer la séparation à la fois contre le mari et contre la femme. Les avantages seront révoqués contre l'un et l'autre. C'est la conséquence nécessaire de l'article 211.

CHAPITRE VI

SOMMAIRE

ARTICLE I

ARTICLE II

CESSATION DE LA SÉPARATION

ARTICLE I

Comment la séparation cesse-t-elle ?

189. Les effets de la séparation de corps cessent par la réconciliation des époux. "Les époux séparés de corps, " pour quelque cause que ce soit, peuvent toujours se " réunir, et par là faire cesser les effets de la séparation," dit l'article 217.

Mais, pour que la réconciliation existe, il faut qu'il y ait, soit le fait même de la réunion des époux et de la vie commune rétablie, soit le consentement et l'accord des époux pour renoncer au jugement en séparation.

190. La réconciliation suppose nécessairement le consentement des deux conjoints. Mais on s'est demandé si le consentement de la partie qui avait obtenu la séparation ne serait pas suffisant pour faire disparaître les effets du jugement. Celui qui a obtenu gain de cause, dit-on, peut toujours renoncer au bénéfice du jugement, et celui qui a succombé ne peut se faire un titre d'un jugement qui est prononcé contre lui et qui constate ses fautes (1).

Nous ne saurions admettre une telle opinion. La morale, l'équité, la paix publique même sont opposées à cette doctrine. Est-ce lorsque vous avez vous-même déclaré que la vie commune était insupportable que, par un caprice et malgré votre conjoint, vous le forcerez à revenir au foyer conjugal ? Et cela, après l'en avoir chassé honteusement ? Ce serait là du despotisme, qui, bien loin de rétablir le calme dans le ménage, y rallumerait une haine et une guerre plus ardentes.

Les principes du droit sont aussi opposés à l'opinion que je combats. Toute action est un contrat judiciaire par lequel les parties sont censées convenir de s'en tenir au jugement à intervenir. Les effets du jugement ne peuvent donc être mis à néant sans le consentement des parties, comme dans tout contrat. Oui, réplique-t-on, mais chacun peut renoncer au droit introduit en sa faveur. J'admets ce point. Ainsi le demandeur, si c'est le mari, pourra renoncer au droit qu'il a de ne plus recevoir sa femme. Mais la femme a acquis, par le jugement, le droit de ne plus habiter chez son mari, et elle ne sera pas forcée d'y retourner malgré elle (2).

---

(1) Duranton II, 618. Massé et Vergé I, 283. Locré, *Esprit du code Napoléon* IV, 496. Vazeille II, 595. Favard *vo. Séparation de corps*, sec. II, § 4, tome III, p. 119. Dalloz XI, *vo. Séparation de corps*, chap. 1, s. 3, note 4.

(2) Massol p. 350 No 3. Demolombe IV 532. Laurent III 357. Marcadé I p. 644 et suiv., art. 311 No V. Dalloz 1841 I 107.

191. Nous croyons que les époux mineurs pourraient faire cesser les effets de la séparation sans y être autorisés et sans l'assistance du curateur. L'état du mariage est celui qu'ils ont choisi de l'assentiment de leurs familles, et, la loi considère d'un trop bon œil le rétablissement du foyer conjugal pour leur refuser ce droit. D'ailleurs, n'est-ce pas le fait de leur réunion qui fait cesser la séparation ? Or, le fait existant, la séparation cessera (1).

192. La renonciation peut se faire d'une manière expresse par un acte ou une déclaration à cet effet, ou d'une manière tacite, qui résulte de la vie commune rétablie entre les époux.

Quant à la preuve de cette réconciliation, Demolombe enseigne qu'elle peut être faite par témoins dans tous les cas (2).

Si les causes de la séparation ne peuvent être admises par les parties, certes il n'en est pas de même des causes de la cessation. C'est le vœu de la société et de la loi que la paix et l'union se rétablissent entre les époux. Aussi, cette preuve de réconciliation peut toujours se faire par le serment de la partie adverse.

Les tribunaux apprécieront la preuve dans chaque cas, et décideront si les faits prouvés sont suffisants pour faire cesser la séparation de corps. Il faudra que les faits soient plus précis, plus caractérisés que ceux dont on veut simplement déduire une fin de non-recevoir contre l'action en séparation de corps. Il faut que ce soit une réconciliation qui ait pour objet de réunir les époux et de rétablir la vie commune. Ainsi, si les époux ont cessé de se considérer ennemis, quoiqu'ils continuent à vivre séparés, s'ils

(1) Demolombe IV 547. Massol p. 355 No 8.
(2) Demolombe IV 536.

se sont visités et ont été vus ensemble à la promenade ou ailleurs, nous croyons que ce sont là autant d'acheminements à la réunion définitive, mais que ce ne sont pas ces faits déterminants qu'il faut prouver pour prétendre à un changement dans l'état des époux. Une doctrine contraire aurait pour résultat d'empêcher entre les époux tout rapprochement, toute réconciliation que la loi désire, et pour laquelle elle forme des vœux (1).

ARTICLE II

Effets de la réunion des époux

193. " Par cette réunion, le mari reprend tous ses droits " sur la personne et les biens de sa femme ; la communauté " de biens est rétablie de plein droit, et considérée, pour " l'avenir, comme n'ayant jamais été dissoute." C'est ce que comporte le second paragraphe de l'article 217.

Nous avons considéré les effets de la séparation de corps par rapport à la personne des époux, à leurs enfants, et à leurs intérêts pécuniaires, nous allons maintenant examiner brièvement les effets de la réunion des époux aux mêmes points de vue.

1o. Quant à la personne des époux, il suffit de dire que les obligations du mariage reprennent leur force première. Il s'agit donc d'appliquer aux époux les articles 83 et 173 à 183 du Code Civil.

2o. Quant à leurs enfants, l'article 217 du code ne dit pas expressement que les parents reprennent l'exercice entier de la puissance paternelle. Cependant, il n'en faut pas douter. L'article dit que la réunion fait cesser les effets de la séparation. La garde des enfants confiée à la mère ou à un tiers n'était qu'une situation exceptionnelle,

(1) Demolombe IV 537. Devilleneuve et Carette 1862 I 113.

et un effet de la séparation. Cet effet doit disparaître avec la cause qui l'avait produit.

3o. Les effets de la réunion des époux, quant à leurs intérêts pécuniaires, demandent un peu plus d'explications.

191. Dans l'ancien droit français deux opinions avaient été émises.

La première, et la plus généralement répandue, enseignait qu'advenant la réunion des époux, leur conventions matrimoniales recouvraient leur ancienne force, et que les avantages dont l'époux défendeur avait encouru la perte reprenaient leur existence (1).

Valin, au contraire, prétendait que la séparation de biens continuait à subsister entre les époux après leur réunion, à moins de conventions contraires (2).

Le Code Napoléon a adopté cette dernière opinion (3); tandis que notre Code Civil a suivi la jurisprudence la plus généralement acceptée sous l'ancien droit français (217).

La séparation de biens cesse donc de plein droit pour être remplacée par le système que les époux avaient adopté en se mariant. C'est ce que décide l'article 217 en disant que les effets de la séparation cessent d'exister. La séparation est considérée, pour l'avenir, comme n'ayant jamais eu lieu; par conséquent, si les époux étaient communs en biens, ce qu'ils ont pu acquérir pendant la séparation tombe dans la communauté.

Les déchéances qu'avait encourues l'époux contre qui la séparation avait été prononcée, disparaissent, et les con-

---

(1) Pothier VI 524. Houard vo *Femme* sec. 2, p. 277.

(2) Valin II *sur l'article* 48 *de la Coutume de la Rochelle* § 1 No 42. Rénusson *Communauté* 1ère partie ch. IX No 63.

(3) Code Napoléon 1431.

ventions matrimoniales reprennent toute leur vigueur première.

Cependant il faut remarquer que, ce que la femme a pu valablement faire en administrant seule ses biens, comme séparée de corps (210), ne devient pas par là entaché de nullité. Ce serait faire produire à la réconciliation des époux un effet rétroactif contre lequel les tiers n'auraient pu se protéger.

C'est là, le sens qu'il faut attacher à l'expression de la loi qui dit que la communauté est considérée, pour l'avenir, comme n'ayant jamais été dissoute.

M. Roy enseigne que les époux pourraient convenir que la femme, en se réunissant à son mari, n'entend pas faire cesser les effets de la séparation de biens, et il cite Pigeau à l'appui de son opinion (1). Pigeau suppose évidemment que la séparation a été demandée principalement à cause de l'inconduite du mari et du péril des droits de la femme. Nous n'admettons donc pas cette opinion qui est contraire au texte de l'article 217.

195. Le jugement est entièrement mis à néant par la réunion des époux. Et si l'époux se rend coupable de nouveaux torts, il faudra une nouvelle action en séparation, qui sera jugée de la même manière qu'une première demande.

---

(1) Roy, *Explication du Code Civil* p. 191.

PROPOSITIONS

—

En Droit Romain, l'affranchie qui a épousé son patron ne peut user du *libellum repudii.*

—

Ce sont les lois caducaires qui introduisirent les *retentiones propter liberos et propter mores.*

—

A qui, en Droit Romain, sont confiés les enfants des époux divorcés ?

—

Le tuteur peut recevoir le prix de vente des immeubles de son pupille, vendus pendant la minorité, et en donner quittance valable, quoique cette somme soit déclarée immeuble par la loi.

—

L'action en séparation de corps se prescrit par trente ans.

—

Le débiteur d'un capital peut se libérer valablement en payant l'usufruitier.

—

La présomption de paternité continue après le jugement en séparation de corps.

—

La succession irrégulière en faveur du conjoint survivant n'a pas lieu de plein droit.

—

La femme peut être déclarée déchue de sa part de la communauté par le jugement en séparation de corps.

Les héritiers du demandeur en séparation de corps peuvent continuer l'action instituée et non abandonnée.

Il n'y a pas d'action contre le curateur à un absent pour le recouvrement d'une dette contractée par l'absent.

Toute personne capable de discerner le bien du mal est responsable en matière criminelle. Exceptions à ce principe.

La loi criminelle ne prend pas connaissance de la mort causée par une affection morale, sans qu'il y ait injure corporelle (*bodily injury*).

On ne peut diviser une dette échue pour en demander le recouvrement au moyen de plusieurs actions.

La demande pour caution *judicatum solvi* peut se faire soit par exception dilatoire soit par motion.

Toute mesure (*bill*) ayant pour objet la dépense de deniers publics, doit être présenté sur un message de l'Exécutif.

Une fabrique ne peut, de sa seule autorité, emprunter ou hypothéquer ses biens.

La veuve, tant qu'elle est en viduité, a droit de retenir, aux mêmes conditions, le banc qu'occupait son mari dans l'église paroissiale. Les enfants, après le décès de leurs père et mère, ont un privilége de préemption, en payant la somme offerte par l'adjudicataire.

Lorsqu'il y a perte partielle, la police d'assurance contre le feu ne continue, pendant l'année, que pour la balance.

Le faiseur d'un chèque n'est pas toujours responsable du montant si le chèque n'a pas été présenté à la banque dans un délai raisonnable.

Les commanditaires ne sont pas responsables au delà de leurs mises, dans la société en commandite.

TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE

SECONDE PARTIE

CHAPITRE II

CHAPITRE III

CHAPITRE IV

CHAPITRE V

CHAPITRE VI

